

NOVA JURIS INTERPRETATIO  
IN HODIERNA GENTIUM COMMUNIONE

## *Direttori*

Augusto CERRI  
Sapienza Università di Roma

Marco D'ALBERTI  
Sapienza Università di Roma

Otto PFERSMANN  
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Pasquale POLICASTRO  
Università di Szczecin, Polonia

Renato ROLLI  
Università della Calabria

## *Comitato scientifico*

Antonio Stefano AGRÒ  
Presidente di Sezione di Cassazione

Carlo AMIRANTE  
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Giovanni BIANCO  
Università di Sassari

Andrea BIXIO  
Sapienza Università di Roma

Ermanno BOCCHINI  
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Angelo Antonio CERVATI  
Sapienza Università di Roma

Achille DE NITTO  
Università di Lecce

Gian Paolo DOLSO  
Università di Trieste

Loris IANNUCILLI  
Funzionario della Corte costituzionale

Ib Martin JARVAD  
Università di Roskilde, Danimarca

Vincenzo MARINELLI  
Sostituto Procuratore Generale Corte di Cassazione

Francesca MIGLIARESE  
Università di Padova

Roberto NANIA  
Sapienza Università di Roma

Joakim NERGLIUS  
Università di Örebro, Svezia

Nicola OLIVA  
Direttore ufficio ruolo Corte costituzionale

Cesare PINELLI  
Sapienza Università di Roma

Salvatore PRISCO  
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Paolo RIDOLA  
Sapienza Università di Roma

Marek Zirk SADOWSKI  
Vicepresidente dell'IVR, Università di Łódź, Polonia

Djan SCHEFOLD  
Università di Brema, Germania

Friedrich-Christian SCHROEDER  
Università di Regensburg, Germania

Massimo SICLARI  
Università degli Studi Roma Tre

Sergio STAMMATI  
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Paolo STANCATI  
Università della Calabria

Luc J. WINTGENS  
Università di Brussels, Belgio

*Rapporti con l'estero:* Irene SIGISMONDI

*Comitato di redazione:* Ernesto APA, Giancarlo CAPORALI, Linda CERASO, Ornella CORAZZA, Alessandro CORI, Tatiana GALLOZZI, Giuseppina INCALZA, Juan Carlos MEDINA

*Coordinamento:* Irene SIGISMONDI

## NOVA JURIS INTERPRETATIO IN HODIERNA GENTIUM COMMUNIONE

Il compito del giurista è legato per ogni verso all'interpretazione: conoscenza del materiale normativo formulato in vario modo, giurisprudenza, *soft law*, percezione della coscienza sociale. Ogni decisione possibile va scelta e giustificata e queste complesse operazioni racchiudono l'oggetto di "Nova Juris Interpretatio": il suo ambito si estende dall'epistemologia del linguaggio alla teoria delle norme, alle teorie del ragionamento, nei vari campi del diritto ove i problemi dell'interpretazione aprono nuove prospettive. È una nuova riflessione sulle discipline giuridiche, ormai policentriche, che richiedono un approccio oltre i confini del diritto, ma senza prescindere: un esame comune di problemi di metodo e sostanza generali e differenziati per aree storiche e culturali. La collana ospita contributi sui temi più disparati e variegati, offrendo il terreno per confronti critici e spunti stimolanti nell'odierna società della globalizzazione (la *hodierna gentium communio*, appunto).

In "Nova Juris Interpretatio in hodierna gentium communione" sono pubblicate opere di alto livello scientifico, anche in lingua straniera per facilitarne la diffusione internazionale.

I direttori approvano le opere e le sottopongono a referaggio con il sistema del « doppio cieco » (« *double blind peer review process* ») nel rispetto dell'anonimato sia dell'autore, sia dei due revisori che scelgono: l'uno da un elenco deliberato dal comitato di direzione, l'altro dallo stesso comitato in funzione di revisore interno.

I revisori rivestono o devono aver rivestito la qualifica di professore universitario di prima fascia nelle università italiane o una qualifica equivalente nelle università straniere.

Ciascun revisore formulerà una delle seguenti valutazioni:

- a) pubblicabile senza modifiche;
- b) pubblicabile previo apporto di modifiche;
- c) da rivedere in maniera sostanziale;
- d) da rigettare;

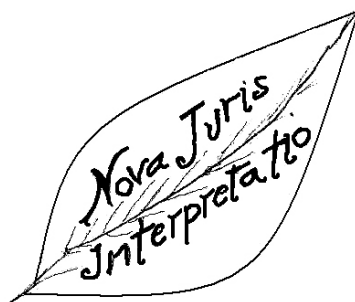
tenendo conto della: a) significatività del tema nell'ambito disciplinare prescelto e originalità dell'opera; b) rilevanza scientifica nel panorama nazionale e internazionale; c) attenzione adeguata alla dottrina e all'apparato critico; d) adeguato aggiornamento normativo e giurisprudenziale; e) rigore metodologico; f) proprietà di linguaggio e fluidità del testo; g) uniformità dei criteri redazionali.

Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta da uno dei direttori, salvo casi particolari in cui i direttori provvederanno a nominare tempestivamente un terzo revisore a cui rimettere la valutazione dell'elaborato.

Il termine per la valutazione non deve superare i venti giorni, decorsi i quali i direttori della collana, in assenza di osservazioni negative, ritengono approvata la proposta.

Sono escluse dalla valutazione gli atti di convegno, le opere dei membri del comitato e le opere collettive di provenienza accademica. I direttori, su loro responsabilità, possono decidere di non assoggettare a revisione scritti pubblicati su invito o comunque di autori di particolare prestigio.

# Quaderno monografico 2013



"Sfogliando il diritto"  
(© Irene Sigismondi)

*Segreteria scientifica:*  
Sez. Filosofia del Diritto e Teoria dell'Interpretazione  
Facoltà di Giurisprudenza  
Sapienza Università di Roma  
P.le Aldo Moro, 5  
00185 Roma  
tel. 06/49910926  
(att.ne prof. Augusto CERRI)  
[w3.uniroma1.it/novajuris](http://w3.uniroma1.it/novajuris)  
[novajuris@gmail.com](mailto:novajuris@gmail.com)

Rapporti con l'Editore  
Progetto, logo e realizzazione grafica  
dott.ssa Irene SIGISMONDI

# **Il costituzionalismo multilivello**

**Profili sostanziali e processuali**

## **Le constitutionnalisme à plusieurs niveaux**

**Aspects de fond et de procédure**

Atti del Convegno di Studi  
tenutosi all'Università di Napoli "Federico II" il 25 e 26 maggio 2010,  
sotto l'Alto Patronato del Presidente della Repubblica italiana  
e con il patrocinio della Repubblica francese

*a cura di*

**Augusto Cerri**

**Maria Rosaria Donnarumma**



Copyright © MMXIII  
ARACNE editrice S.r.l.

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B  
00173 Roma  
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-6174-9

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: giugno 2013

# Indice

PRESENTAZIONE/PRÉSENTATION .....	IX
----------------------------------	----

## PRIMA GIORNATA / PREMIÈRE JOURNÉE

### 1<sup>A</sup> SESSIONE / 1<sup>ÈRE</sup> SESSION

M. R. DONNARUMMA, <i>Contrôle de conventionnalité, intégration européenne et dialectiques jurisprudentielles</i> .....	1
M. DANDELOT, <i>Droits fondamentaux: le niveau national et le niveau européen</i> .....	35
C. AMIRANTE, <i>Costituzionalizzazione del diritto internazionale e de-costituzionalizzazione dell'ordinamento interno?</i> .....	47

### 2<sup>A</sup> SESSIONE / 2<sup>ÈME</sup> SESSION

R. ROLLI, <i>I caratteri del diritto amministrativo europeo</i> .....	99
E. APA, <i>Il margine di apprezzamento statale nel sistema della CEDU</i> ...	135
A. SCHILLACI, <i>La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano nella giurisprudenza della Corte costituzionale</i> .....	157
E. A. IMPARATO, <i>Identità culturale e territorio tra globalizzazione, "multilevel governance" e ordinamento interno</i> .....	183

SECONDA GIORNATA / DEUXIÈME JOURNÉE

1<sup>A</sup> SESSIONE / 1<sup>ÈRE</sup> SESSION

D. MAUS, <i>La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle supranationale?</i> .....	191
R. CAPONI, <i>Corti europee e giudicati civili nazionali</i> .....	203
G. P. GERBASI, <i>Il contesto comunicativo euro-nazionale: alla ricerca di un ruolo cooperativo delle corti costituzionali nella rete giudiziaria europea ..</i>	225
F. BESOSTRI, <i>Giurisdizione e leggi elettorali</i> .....	265

2<sup>A</sup> SESSIONE / 2<sup>ÈME</sup> SESSION

A. BARLETTA, <i>Sussidiarietà penale e subsidiarietà europea nella definizione delle competenze penali dell'Unione europea</i> .....	273
L. ALBINO, <i>La leale cooperazione nei sistemi multilivello</i> .....	291
I. SIGISMONDI, <i>La Corte di giustizia e il problema dei principi costituzionali "di ritorno"</i> .....	305
A. CERRI, <i>Conclusioni: profili sostanziali e processuali del costituzionalismo plurale</i> .....	313



## PRESENTAZIONE

L'espressione "costituzionalismo multilivello" è entrata ormai nel linguaggio corrente, in concomitanza con lo sviluppo di strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e del fenomeno dell'integrazione fra ordinamenti nazionali ed ordinamenti sovranazionali.

Ciò ha aperto nuovi orizzonti alla speculazione teorica dei cultori del diritto e alla pratica giurisprudenziale. Come conciliare l'osservanza del diritto internazionale e la presenza di norme interne incompatibili? Esiste un primato delle norme internazionali ed a quale livello? È possibile discutere del problema in termini di gerarchia ovvero, come afferma il giudice costituzionale spagnolo, il primato, comportando semplicemente la distinzione tra ambiti di applicazione, esula da qualunque categorizzazione che implichi la supremazia gerarchica? Ancora, e con particolare riferimento all'Unione europea e a fenomeni analoghi d'integrazione economico-politica: è possibile concepire un ordine giuridico-costituzionale al di fuori dell'organizzazione dello Stato? Se sì, come conciliare la costituzione degli Stati membri con una eventuale costituzione europea? Come s'inserisce, nel processo d'integrazione europea, la dialettica giurisprudenziale tra la Corte di giustizia europea e le Corti supreme degli Stati membri?

Al tentativo di rispondere a questi quesiti è stato finalizzato il Convegno.



## PRÉSENTATION

L'expression "constitutionnalisme à plusieurs niveaux" est entrée désormais dans le langage courant, à la suite du développement d'instruments internationaux de sauvegarde des droits fondamentaux de l'homme, ainsi que du phénomène de l'intégration entre systèmes juridiques nationaux et systèmes supranationaux.

Cela a ouvert des horizons nouveaux à la spéculation théorique des juristes et à la pratique jurisprudentielle. Comment concilier le respect du droit international et la présence de règles du droit interne incompatibles? Ya-t-il une primauté des règles internationales et à quel niveau? Est-il possible qu'on discute du problème en termes de hiérarchie ou plutôt, comme le juge constitutionnel espagnol le soutient, la primauté comportant une simple distinction entre les champs d'application, est-elle en dehors de toute catégorisation qui implique la suprématie hiérarchique? Encore, en se référant notamment à l'Union européenne ainsi qu'à d'autres phénomènes analogues d'intégration économique-politique: est-il possible de concevoir un ordre juridique-constitutionnel hors de l'organisation de l'État? Si oui, comment concilier la constitution des États membres avec une éventuelle constitution européenne? La dialectique jurisprudentielle, entre la Cour de justice européenne et les Cours suprêmes des États membres, comment s'insère-t-elle dans le processus d'intégration européenne?

Le Colloque a essayé de répondre à ces questions.



**Maria Rosaria Donnarumma\***

## **CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ, INTÉGRATION EUROPÉENNE ET DIALECTIQUES JURISPRUDENTIELLES**

SOMMAIRE: Considérations préliminaires – §1. Le contrôle de conventionnalité – § 2. L'intégration européenne et les dialectiques jurisprudentielles – A. La Cour de justice de l'Union européenne, la primauté du droit communautaire et les traditions constitutionnelles communes – B. Les jurisprudences de certaines cours constitutionnelles ou suprêmes nationales – B.1. La Cour constitutionnelle italienne – B.2. Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État français – B.3. La Cour constitutionnelle fédérale allemande – B.4. Le Tribunal constitutionnel espagnol – Remarques finales

Mesdames, Messieurs,

je tiens tout d'abord à remercier vivement tous les invités qui ont accepté de débattre sur un thème tel que le « constitutionnalisme à plusieurs niveaux », qui concerne un phénomène objet de réflexion depuis quelques années et qui a ouvert des horizons nouveaux à la spéculation théorique des spécialistes du droit constitutionnel, ainsi qu'à la pratique jurisprudentielle. Merci aussi aux étudiants qui sont présents et qui - j'espère - participeront activement au débat, étant donné que je viens de faire avec eux un séminaire sur ce sujet.

Après des considérations préliminaires j'aborderai le thème sous un double angle: *a)* le « contrôle de conventionnalité » dans les ordres juridiques internes, avec allusion spécifique à la solution italienne en comparaison avec celle adoptée en France; *b)* la primauté du droit communautaire et la tension dialectique entre la jurisprudence de la Cour européenne de justice et les jurisprudences des Cours constitutionnelles des États membres de l'Union européenne.

---

\* Maria Rosaria Donnarumma, professeur des Institutions de droit public et de Droit public avancé à l'Université "Federico II" de Naples.

## Considérations préliminaires

L'expression « multilevel constitutionalism » a été employée pour la première fois par Ingolf Pernice dans un article de 1999<sup>1</sup> où l'Auteur, en se rapportant au traité d'Amsterdam qui venait d'entrer en vigueur (1<sup>er</sup> mai 1999), et en se mêlant au débat entre Dieter Grimm et Jürgen Habermas sur la nécessité ou non de doter l'Union européenne d'une constitution<sup>2</sup>, réfutait l'importance d'une telle question, car à son avis l'Union avait déjà une constitution, bien qu'à plusieurs niveaux, composée des constitutions des États membres et des traités européens<sup>3</sup>.

Il n'y a aucun doute que les traités portant création des Communautés et de l'Union européenne, ayant prévu un transfert de compétences des États aux institutions communautaires et, donc, des limitations de souveraineté, aient créé une organisation supranationale bien différente de celles fondées sur le droit international classique, avec des caractéristiques qui se sont de plus en plus rapprochées, par un processus *in fieri*, de celles de l'organisation de l'État. D'où la possibilité de concevoir un ordre juridique constitutionnel de l'Union européenne, contre la thèse d'après laquelle une « constitution » n'est concevable qu'en rapport à l'organisation de l'État.

En ce qui concerne l'élaboration formelle d'une constitution européenne, il y a lieu de faire les considérations suivantes: *a)* en Europe continentale, contrairement à l'Angleterre, l'organisation des sociétés politiques est fondée sur une constitution écrite; *b)* l'intégration européenne est encore un processus *in fieri*, au moins au niveau politique, à la réalisation duquel seulement la diffusion de la culture européenne parmi les citoyens pourra donner un élan final, en surmontant les résistances nationalistes des États; *c)* une constitution européenne, qui sanctionne enfin la naissance des « États-Unis d'Europe », doit se borner à énoncer les principes fondamentaux d'une société démocratique et les règles institutionnelles essentielles, et ne doit pas se traduire en un hybridisme de constitution et de traité, ni être imposée du haut<sup>4</sup>; *d)* l'implication des citoyens ainsi qu'une lecture évolutive, en tout

<sup>1</sup> V. PERNICE I., « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited ? », *Common Market Law Review*, 1999, n° 36, p. 703 ss.

<sup>2</sup> V. GRIMM D., « Does Europe Need a Constitution? », *European Law Journal*, 1995, p. 282 ss; HABERMAS J., « Remarks on Dieter Grimm's "Does Europe Need a Constitution?" », *ibid.*, 1995, p. 303 ss.

<sup>3</sup> « The question "Does Europe need a Constitution" is not relevant, because Europe already has a "multilevel constitution": a constitution made up of the constitutions of the Member States bound together by a complementary constitutional body consisting of the European Treaties (*Verfassungsbund*) »: v. PERNICE I., *op. cit.*, p. 707.

<sup>4</sup> L'hybridisme ainsi que l'imposition du haut, sans une diffusion préalable de la culture européenne, ont été les motifs principaux de l'échec de la démarche de « constitutionnalisation » de l'Union européenne mise en place par le traité du 29 octobre 2004.

siège et à tous les niveaux, du processus de constitutionnalisation pourront accélérer l'aboutissement souhaité.

Ceci dit et avant d'aborder le thème faisant l'objet de ce colloque à la lumière du phénomène de l'intégration européenne, j'aimerais faire une allusion rapide au « contrôle de conventionnalité », car c'est dans les rapports entre droit international conventionnel et droit interne qui ont été posés d'abord - et que l'on a essayé de résoudre - les problèmes liés à l'existence de plusieurs paramètres d'appréciation de la légalité (à savoir, constitutions nationales, droit international, droit supranational), en d'autres termes, les problèmes liés au constitutionnalisme à plusieurs niveaux.

### § 1. Le contrôle de conventionnalité

J'en parlerai brièvement, en me bornant à comparer la solution italienne avec celle adoptée en France.

En France le contrôle de conventionnalité de la loi est du ressort des juridictions ordinaires, aussi bien judiciaires qu'administratives, d'après la jurisprudence inaugurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975<sup>5</sup>, par laquelle le juge déclinait sa compétence à contrôler le respect du principe de la primauté du droit international conventionnel énoncé à l'article 55 de la constitution, en raison de la différence de nature des deux contrôles, de constitutionnalité et de conventionnalité, l'un aboutissant à des décisions qui « revêtent un caractère absolu et définitif » (art. 62 de la constitution), l'autre à la simple non application, le cas échéant, de la règle interne incompatible<sup>6</sup>. Après cette décision, à laquelle la Cour de cassation se conformait immédiatement (arrêt « *Cafés Jacques Vabre* » du 24 mai 1975<sup>7</sup>) et le Conseil d'État seulement depuis 1989 (arrêt « *Nico-*

<sup>5</sup> V. *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1975, p. 19.

<sup>6</sup> Textuellement: « Considérant... que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62, qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55... présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des États signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition » (cons. 4). D'autre part, le Conseil ajoute: « une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution » (cons. 5).

<sup>7</sup> V. *Rec. Dalloz*, 1975, p. 495. La Cour de cassation justifiait sa décision en s'appuyant non seulement sur l'article 55 de la constitution, mais aussi sur la « spécificité » de l'ordre juridique institué par le traité de Rome de 1957, « intégré à celui des États membres », en accueillant en partie les recommandations du procureur général M. Touffait. Textuellement: «... attendu que le traité du 25 mars 1957, qui, en vertu de l'article... de la Constitution » (art. 55), « a une autorité supérieure à celle des lois, institue un

lo » du 20 octobre 1989<sup>8</sup>), le contrôle de conventionnalité par les juges ordinaires à pris un essor extraordinaire.

Aujourd'hui, avec l'introduction en France aussi du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception<sup>9</sup>, la doctrine française s'interroge sur l'opportunité de garder le système actuel ou bien d'envisager de réunir les deux contrôles au profit d'un même juge<sup>10</sup>, afin d'éviter les divergences d'appréciation qui ont souvent opposé les décisions du Conseil constitutionnel et celles des juridictions ordinaires, divergences qui vraisemblablement tendront à se multiplier avec l'introduction de cette nouvelle voie de contrôle.

Le système italien est tout à fait différent. Tout d'abord, il n'y a pas dans la constitution un principe tel que celui énoncé à l'article 55 de la constitution française. Ceci a permis que l'importe l'interprétation selon laquelle la valeur de la règle conventionnelle internationale descend du rang de l'acte interne d'exécution, en excluant toute primauté ainsi que toute couverture constitutionnelle.

---

ordre juridique propre intégré à celui des États membres; qu'en raison de cette *spécificité*, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces États et s'impose à leurs juridictions... ; dès lors, c'est à bon droit et sans excéder ses pouvoirs, que la cour d'appel a décidé que l'art. 95 du traité devait être appliqué en l'espèce, à l'exclusion de l'art. 265 c. des douanes, bien que ce dernier texte fût postérieur ».

<sup>8</sup> V. *Rec. Lebon*, 1989, p. 199. Avant cette célèbre décision la jurisprudence du Conseil d'État était caractérisée par l'application du critère chronologique, d'après un arrêt du 1<sup>er</sup> mars 1968 [*Syndicat général des fabricants de semoules de France c. Administration de l'agriculture* (v. *Rec. Lebon*, 1968, p. 149)], dans lequel le juge administratif avait fait prévaloir l'application d'une règle interne postérieure, incompatible avec une règle communautaire, en s'appuyant sur ce critère. C'est seulement à partir de l'arrêt « *Nicolo* » que le Conseil n'hésite pas, le cas échéant, à se prononcer pour l'incompatibilité et à annuler les actes administratifs pris sur la base de dispositions législatives internes incompatibles, indépendamment de la succession chronologique.

<sup>9</sup> V. la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 (*Journal officiel* du 24 juillet 2008), notamment le nouvel article 61-1, ainsi que la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 (*Journal officiel* du 11 décembre 2009), qui détermine les conditions d'application de cet article. La loi organique est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010 et elle a été soumise, avant sa promulgation, au Conseil constitutionnel, qui en a déclaré la conformité à la constitution sous les réserves énoncées aux *considérants* 18, 23 et 28 (déc. n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Rec.*, 2009, p. 206).

<sup>10</sup> V. *contra* la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 (*Rec.*, 2010, p. 78), où le juge, appelé à contrôler la constitutionnalité d'une loi, ainsi que sa compatibilité avec le droit de l'Union européenne, confirme sa jurisprudence sur la compétence des juridictions ordinaires à exercer le contrôle de conventionnalité (*cons.* 10, 11 et 12), tout en précisant quand même, dans un *obiter dictum*, que les dispositions de la loi organique n° 2009-1523, y compris celle sur le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, ne portent pas atteinte au principe de la primauté du droit communautaire (*cons.* 13, 14 et 15).



Une telle thèse a été défendue jusqu'à la révision du titre V, 2<sup>ème</sup> partie de la constitution, en 2001<sup>11</sup>, qui a introduit dans l'article 117 un alinéa (al. 1) sur l'obligation de respecter les engagements découlant du droit international conventionnel, et qui aurait permis, selon les défenseurs de la thèse citée, seulement à compter de ce moment là et en vertu de cette disposition, le contrôle de constitutionnalité de la loi interne en conflit avec une règle conventionnelle internationale.

Je ne partage pas cette reconstitution théorique, confirmée par la jurisprudence constitutionnelle, sur laquelle ont exercé une influence non négligeable la thèse sur la nécessité de l'« ordre d'exécution » pour adapter le droit interne au droit international conventionnel, ainsi qu'un formalisme juridique exaspéré qui a dominé la doctrine italienne.

À part la réfutation très nette de la thèse sur l'« ordre d'exécution », qui n'est fondée sur aucune règle constitutionnelle écrite ou coutumière, il faut considérer qu'il y a dans la constitution italienne, comme par ailleurs dans toutes les constitutions, de façon explicite ou implicite, une disposition, l'article 10, al. 1, qui énonce textuellement: « L'ordre juridique italien se conforme aux règles du droit international généralement reconnues ».

Tout en ne partageant pas la thèse de Rolando Quadri sur l'adaptation automatique non seulement au droit international coutumier, mais aussi au droit conventionnel en vertu de la disposition citée<sup>12</sup>, puisque une telle interprétation extensive priverait la référence au seul droit coutumier de toute *ratio*, j'ai défendu toujours la thèse selon laquelle l'article 10, al. 1, légitime le contrôle indirect de constitutionnalité<sup>13</sup>. En effet, compte tenu du principe coutumier « *pacta sunt servanda* », il est hors de doute qu'une loi interne incompatible avec une règle conventionnelle enfreigne indirectement l'article 10, al. 1, de notre constitution.

Malheureusement une telle interprétation a toujours été réfutée par la doctrine et la jurisprudence constitutionnelle. Il s'ensuit qu'en Italie, avant la révision constitutionnelle de 2001, il n'y avait pas un contrôle de conventionnalité de la loi au sens strict, même au niveau des juridictions ordinaires, car le juge se bornait à résoudre les conflits entre droit interne et droit international conventionnel en ayant recours au critère chronologique, tempéré parfois par le critère de la spécialité. Pour obvier à cette situation, après l'introduction dans les traités européens d'une disposition qui renvoie à la Convention européenne sur les droits de l'homme et qui reconnaît les droits fondamentaux qui y sont proclamés en tant que « principes généraux du droit communautaire », certains juges et la Cour de cassation avaient soutenu la thèse de la primauté des règles de la CEDH par le biais de

---

<sup>11</sup> V. la loi constitutionnelle n° 3 du 18 octobre 2001 (*Gazzetta ufficiale* n° 248 du 24 octobre 2001).

<sup>12</sup> V. QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico* 5, Napoli, Liguori, 1968, p. 64 s.

<sup>13</sup> V. DONNARUMMA M.R., « Problemi in materia di recezione della normativa internazionale nell'ordinamento italiano », *Rassegna parlamentare*, 1975, p. 363 ss., notamment note 7, p. 369.

leur absorption dans le droit communautaire<sup>14</sup>. Mais une telle interprétation avait été réfutée par la Cour constitutionnelle.

À la lumière de la jurisprudence constitutionnelle actuelle, si d'une part le contrôle de constitutionnalité d'une loi en conflit avec une règle conventionnelle internationale pour violation indirecte de l'article 117, al. 1, de la constitution est désormais incontestable (la non application directe par le juge ordinaire étant interdite), ainsi que la reconnaissance à la source conventionnelle du caractère de source normative atypique ayant une couverture constitutionnelle<sup>15</sup>, d'autre part la primauté est subordonnée au contrôle de compatibilité des dispositions conventionnelles, y compris celles de la CEDH, avec l'ordre constitutionnel italien (il faut remarquer: avec le droit constitutionnel en général, non seulement avec les « principes suprêmes »<sup>16</sup>).

Il y a lieu d'ajouter que le législateur italien n'a malheureusement pas encore adopté les mesures nécessaires pour permettre à l'Italie de se conformer aux arrêts définitifs de la Cour de Strasbourg<sup>17</sup>. Et cela bien qu'une telle inertie ait été stigmatisée par le Conseil d'Europe en plusieurs résolutions et recommandations<sup>18</sup>, ainsi que par la Cour constitutionnelle italienne<sup>19</sup>. Celle-ci a été parfois obligée de déclara-

<sup>14</sup> V., par ex., Cass., section I, arrêt n° 6672 de 1998; Cass., sections unies, arrêt n° 28507 de 2005.

<sup>15</sup> V. les décisions n° 348 et n° 349 de 2007. V. aussi les décisions n° 329, n° 311 et n° 317 de 2009.

<sup>16</sup> V. aussi la décision n° 227 de 2010, *considerato in diritto*, point 7. La Cour, dans les décisions n° 348 et n° 349 de 2007, où était en cause le thème des limites possibles au droit de propriété (expropriation pour cause d'utilité publique: déc. n° 348; occupation d'urgence « acquisitive »: déc. n° 349), privilégie néanmoins l'interprétation conforme (compatibilité entre les dispositions de la CEDH et l'ordre constitutionnel italien), d'après une lecture axiologique du droit qui caractérise de plus en plus la jurisprudence constitutionnelle. En ce qui concerne la limite des principes suprêmes, v. DONNARUMMA M. R., « Il "limite dei principi supremi" e la teoria costituzionale dei valori », *Diritto e società*, 2006, p. 199 ss.

<sup>17</sup> Plusieurs propositions de loi ont été présentées par des parlementaires afin de prévoir la révision des jugements pénaux à la suite d'un arrêt définitif de la Cour de Strasbourg établissant la violation des dispositions de l'article 6 de la CEDH sur le droit au procès équitable. Aucun projet n'a encore abouti à l'adoption d'une loi.

<sup>18</sup> V., par ex., Assemblée, Rés. n° 1226 (2000), Rés. n° 1516 (2006); Comité des ministres, Rec. 2000(2), Rec. (2004) 5, Rec. (2004) 6, Rés. (2004) 3, Rés. DH (2005) 85, Rés. DH (2007) 83.

<sup>19</sup> V. déc. n° 129 de 2008, *considerato in diritto*, point 7. La Cour de cassation, face à l'inertie du législateur, a essayé de trouver une solution, par la voie de l'interprétation, au problème incontournable du respect des arrêts définitifs de la Cour de Strasbourg. Par sa décision n° 2008 du 25 janvier 2007 (section I pénale), en se référant à l'affaire *Dorigo* (arrêt du 9 septembre 1998), la Cour a affirmé que le juge de l'exécution doit, aux termes de l'article 670 c.pr.p., suspendre un jugement interne à la suite d'un arrêt de la Cour européenne établissant la violation des dispositions sur le procès équitable (art. 6 CEDH). Encore, par sa décision n° 45807 du 12 novembre 2008 (section IV pénale), la Cour de Cassation, en se référant à l'affaire *Drassich* (arrêt du 11 décembre 2007), a affirmé la possibilité d'appliquer par analogie l'article 625 *bis* c.pr.p., qui prévoit le recours extraordinaire contre les décisions de la Cour de cassation. L'une et l'autre solution se prêtent à des réserves, la première car elle congèle *sine die* une situation, la deuxième puisqu'elle exclut, de façon en peu trop désinvolte, le caract-

rer la question comme non fondée, ne pouvant pas suppléer à l'inertie législative par une décision « additive », qui est admissible seulement si elle est « à rimes obligées », à savoir si elle implique une solution imposée par la constitution, et non en présence d'une multiplicité de solutions, dont le choix (*ex plurimis*) est du ressort du seul législateur<sup>20</sup>.

## § 2. L'intégration européenne et les dialectiques jurisprudentielles

Les tentatives de « constitutionnalisation » de l'Union européenne ont fait réapparaître des questions anciennes, en rendant plus que jamais actuel le thème du constitutionnalisme à plusieurs niveaux et en ravivant le débat sur la primauté du droit communautaire. Sur un plan plus général, elles ont renforcé les doutes et la méfiance sur la possibilité de concilier l'intégration européenne avec la sauvegarde de l'identité nationale des États membres<sup>21</sup>, en alimentant des positions eurosceptiques<sup>22</sup>.

---

tère exceptionnel de la règle énoncée à l'article 625 *bis* et, donc, l'applicabilité de l'article 14 des dispositions sur la loi en général.

<sup>20</sup> V. déc. n° 129 de 2008, *considerato in diritto*, point 6. Par contre v. la décision n° 113 de 2011, par laquelle la Cour constitutionnelle, face à l'inertie du législateur et appelée à se prononcer sur une question différente, pour l'objet et le paramètre constitutionnel invoqué, par rapport à celle décidée en 2008 (v. *considerato in diritto*, points 2, 7 et 8), déclare l'inconstitutionnalité partielle de l'article 630 c.pr.p. en tant qu'il ne prévoit pas la révision d'un jugement pénal afin de respecter l'engagement, aux termes de l'article 46, al. 1, de la CEDH, à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour de Strasbourg (décision « additive »).

<sup>21</sup> La clause sur le respect par l'Union de l'identité nationale des États membres fut introduite dans le traité de Maastricht (art. F, al. 1) pour surmonter la méfiance, au niveau national, envers un développement sensible au sens fédéral de l'intégration européenne, dans un contexte historique qui, après la chute du mur de Berlin (9 novembre 1989), voyait réapparaître les États nationaux. Il suffit de penser au processus de réunification des deux Allemagnes, fondé sans aucun doute sur une nouvelle montée de conscience nationale, et aux États de l'Europe orientale, qui naissaient de l'effondrement du bloc soviétique. Cette clause a été confirmée dans tous les traités successifs (v., en particulier, le traité établissant une constitution pour l'Europe, art. I-5, al. 1; le traité de Lisbonne, art. 3 *bis*, al. 2) et énoncée au préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

<sup>22</sup> Il y a nombre de travaux sur ce sujet. V., entre autres, ALBI A., *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, New York, Cambridge University Press, 2005; ANDRIANTSIMBAZOVINA J. *et alii* (dir.), *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004; BARRET G., « "The King is Dead, Long Live the King". The Recasting by the Reform Treaty of the Provisions of the Constitutional Treaty Concerning National Parliaments », *European Law Review*, 2008, vol. 33, n° 1; BOGDANDY (von) A., « The European Constitution and European Identity. Text and subtext of the Treaty establishing a Constitution for Europe », *International Journal of Constitutional Law*, 2005, vol. 3, n° 2-3; BOGDANDY (von) A., BAST J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006; CARTABIA M. *et alii* (dir.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; CHOUDHRY S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; CRAIG P., DE BÚRCA G. (eds.), *The*

Tout cela a trouvé son écho dans une tension dialectique renouvelée entre la jurisprudence de la Cour européenne de justice et les jurisprudences des Cours constitutionnelles nationales, la première fidèle à la primauté, considérée comme une condition *sine qua non* pour l'existence même de l'Union, et visant à promouvoir les traditions constitutionnelles communes aux États membres, les deuxièmes avec une sensibilité plus ou moins accentuée vis-à-vis de la défense du bagage identitaire national et tendant à souligner les limites à la primauté.

### **A. La Cour de justice de l'Union européenne, la primauté du droit communautaire et les traditions constitutionnelles communes**

La jurisprudence de la Cour européenne de justice a été et est, sans aucun doute, un facteur d'importance primaire dans le processus d'intégration européenne.

Dès le début la Cour de justice des Communautés européennes a tracé avec autorité, et ensuite confirmé par une jurisprudence constante, deux traits essentiels de l'organisation créée par les traités de Paris et de Rome: *a)* le caractère *sui generis* du phénomène communautaire, ne pouvant être réduit aux schémas classiques du droit international, étant donné le transfert de pouvoirs souverains et la reconnaissance de subjectivité juridique aux individus, avec l'attribution de droits opposables dans l'ordre interne<sup>23</sup>; *b)* la primauté incondionnée, sur le droit interne, du droit communautaire directement applicable, y compris les directives ayant des dispositions incondionnelles et suffisamment précises<sup>24</sup>, ainsi que le pouvoir-devoir du juge national d'écarter la règle interne incompatible, sous peine d'effondrement de

---

*Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999; DE WITTE B., « Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales », *Droits*, 1991, n° 14; DU BOIS de GAUDUSSON J., FERRAND F. (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, Marseille, P.U.A.M., 2008; KELLERMAN A.E., de ZWAAN J.W., CZUCZAI J. (eds.), *EU Enlargement. The Constitutional Impact at EU and National Level*, The Hague, T.M.C. ASSER Press, 2001; MASCLÉ J.C., MAUS D. (dir.), *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, La Documentation française, Paris, 1993; PERNICE I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004; RIDEAU J. (dir.), *Les États membres de l'Union européenne. Adaptations, mutations, résistances*, Paris, L.G.D.J., 1997; ROSENFELD M., « The European Treaty-Constitution and Constitutional Identity. A View from America », *International Journal of Constitutional Law*, 2005, vol. 3, n° 2-3; SÁNCHEZ BARRILAO J.F., « Relación entre el derecho de la Unión Europea y el derecho de los Estados Miembros: apuntes para una aproximación al principio de primacía a la luz de la Constitución europea », *Revista de derecho constitucional europeo*, 2004, n° 2; TAUBE C., *Constitutionalism in Estonia, Latvia and Lithuania. A Study in Comparative Constitutional Law*, Uppsala, Iustus Förlag, 2001; WALKER N. (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

<sup>23</sup> V., par ex., arrêt du 5 février 1963, affaire 26/62, *Van Gend en Loos*, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice*, 1963, p. 3; arrêt du 15 juillet 1964, affaire 6/64, *Costa c. ENEL*, *Rec.*, 1964, p. 1141.

<sup>24</sup> V., par ex., arrêt du 19 janvier 1982, affaire 8/81, *Becker*, *Rec.*, 1982, p. 53, points 21 et 25; arrêt du 24 mars 1987, affaire 286/85, *McDermott and Cotter*, *Rec.*, 1987, p. 1453, point 11.

la construction européenne, fondée sur l'intégration nécessaire entre ordres juridiques<sup>25</sup>.

En outre, après une période initiale de *self-restraint*, la Cour a eu le mérite de procéder, par un parcours constant d'élaboration prétorienne, à la reconnaissance et garantie au niveau communautaire des droits fondamentaux, tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres.

La Cour souligne dans l'arrêt *Stauder* du 12 novembre 1969<sup>26</sup> que « les droits fondamentaux de la personne [sont] compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect » (point 7), position confirmée dans l'arrêt *Nold* du 14 mai 1974<sup>27</sup>, où la Cour précise « qu'en assurant la sauvegarde de ces droits » elle « est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces États » (point 13).

Il en ressort que la clause du traité de Maastricht du 7 février 1992 sur l'engagement de l'Union à respecter les droits fondamentaux, « tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire » (art. F, al. 2), se borne à codifier une jurisprudence consolidée de la Cour de justice. La Charte des droits fondamentaux de l'Union, proclamée solennellement à Nice le 7 décembre 2000, elle aussi est un acte réognitif des droits empruntés aux traditions constitutionnelles communes dans la patiente œuvre d'interprétation de la Cour de justice<sup>28</sup>.

En interprétant le droit communautaire et en le comparant avec des règles ou des principes des droits nationaux, parfois au niveau constitutionnel, la Cour de justice déclare, par une jurisprudence constante, que l'interprétation et l'appréciation de la validité des actes communautaires doivent être faites *uniquement* à la lumière du droit communautaire, y compris, en ce qui concerne les droits fondamentaux, *l'acquis communautaire* résultant des traditions constitutionnelles communes aux États membres; elle confirme, en outre, qu'aucune règle ou principe du

---

<sup>25</sup> V., par ex., arrêt du 15 juillet 1964, affaire 6/64, *Costa c. ENEL*, précité; arrêt du 13 juillet 1972, affaire 48/71, *Commission c. République italienne*, *Rec.*, 1972, p. 529; arrêt du 9 mars 1978, affaire 106/77, *Administration des finances c. Simmenthal*, *Rec.*, 1978, p. 629.

<sup>26</sup> V. affaire 29/69, *Rec.*, 1969, p. 419.

<sup>27</sup> V. affaire 4/73, *Rec.*, 1974, p. 491.

<sup>28</sup> La Charte a été proclamée à Strasbourg aussi le 12 décembre 2007 avec des adaptations (v., en particulier, préambule, fin al. 5; art. 52, adjonctions des alinéas 4 à 7), qui sont fort discutables. Aujourd'hui, avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (1<sup>er</sup> décembre 2009), la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est juridiquement obligatoire, indépendamment de la valeur inhérente à sa nature d'acte réognitif de principes généraux. Textuellement, d'après l'article 6, al. 1, du traité de Lisbonne: « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités ».

droit national, *même au niveau constitutionnel*, est opposable; en cas contraire « la base juridique de la Communauté elle-même » risquerait d'être « mise en cause ».

Appelée à se prononcer, à titre préjudiciel, dans la célèbre affaire *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970<sup>29</sup>, la Cour énonce ainsi les lignes-guide de sa jurisprudence:

«... le recours à des règles ou notions juridiques du droit national, pour l'appréciation de la validité des actes arrêtés par les institutions de la Communauté, aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit communautaire;

... la validité de tels actes ne saurait être appréciée qu'en fonction du droit communautaire;

... en effet, le droit né du Traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même;

... dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État » (point 3)

« ... il convient toutefois d'examiner si aucune garantie analogue, inhérente au droit communautaire, n'aurait été méconnue;

... en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect;

... la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté » (point 4).

La clause même sur le respect de l'identité nationale des États membres, prévue dans le traité de Maastricht et reproduite essentiellement dans les traités successifs, a été qualifiée par la Cour comme un simple « *but* légitime respecté par l'ordre juridique communautaire », mais pas à même d'invalider la règle sur le caractère non opposable, pour la validité des actes communautaires, des normes juridiques internes, même au niveau constitutionnel (arrêt du 2 juillet 1996 dans l'affaire *Commission c. Grand-Duché de Luxembourg*<sup>30</sup>).

Cette jurisprudence, soutenue sans aucun fléchissement par la Cour de justice, a amené parfois les États à modifier les dispositions de leurs constitutions. Tel a été le cas de la République fédérale d'Allemagne, qui a modifié l'article 12a, al. 4, dernière disposition, de sa Loi fondamentale, pour se conformer à l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Tanja Kreil* (arrêt du 11 janvier 2000<sup>31</sup>).

Dans l'affaire *Mangold c. Helm* (arrêt du 22 novembre 2005), qui a eu un grand retentissement en Allemagne et a reçu des commentaires parfois très cri-

<sup>29</sup> V. affaire 11/70, *Rec.*, 1970, p. 1125.

<sup>30</sup> V. affaire C-473/93, *Rec.*, 1996, p. I-3207, points 34 à 38.

<sup>31</sup> V. affaire C-285/98, *Rec.*, 2000, p. I-69.

tiques<sup>32</sup>, la Cour déduit, de façon un peu trop désinvolte, des « traditions constitutionnelles communes aux États membres » l'existence d'un principe général de *non-discrimination en fonction de l'âge*, et elle conclut qu'« il incombe à la juridiction nationale d'assurer le plein effet » de ce principe, « en laissant inappliquée toute disposition contraire de la loi nationale, et ce alors même que le délai de transposition de la... directive n'est pas encore expiré »<sup>33</sup>.

Pour conclure, tout en reconnaissant que la Cour ne se prête pas à une défense préjudicielle du droit communautaire au détriment de toute instance légitime nationale (v., en ce sens, les arrêts *Jhonston* du 15 mai 1986<sup>34</sup>, *Sirdar* du 26 octobre 1999<sup>35</sup>, *Alexander Dory* du 11 mars 2003<sup>36</sup>, etc.), on ne peut pas nier, toutefois, qu'elle tend de plus en plus à assumer le rôle d'une cour suprême fédérale, et cela non pas en vertu d'une option arbitraire, mais en tant que conséquence nécessaire de l'intégration, qui est une condition *sine qua non* de l'existence même de l'Union européenne.

## **B. Les jurisprudences de certaines cours constitutionnelles ou suprêmes nationales.**

En passant à examiner le thème tel qu'il a été abordé au niveau interne, il y a lieu de rappeler, tout d'abord, que les États ont résolu le problème naissant du caractère atypique du phénomène communautaire (limitations de souveraineté) en ayant recours aux « clauses d'intégration », présentes de façon explicite ou implicite dans leurs constitutions ou expressément introduites.

En ce qui concerne les rapports entre le droit interne et le droit communautaire, la primauté de ce dernier sur des sources normatives de valeur législative est aujourd'hui reconnue unanimement, tandis que les rapports au niveau constitutionnel sont bien plus problématiques. D'où découle la théorie des « contre-limites », d'élaboration prétorienne, qui paraît s'esquisser en général dans les jurisprudences nationales.

---

<sup>32</sup> V., par ex., le commentaire de Roman Herzog, ancien président de la République et ancien président de la Cour constitutionnelle fédérale, et de Lüder Gerken, publié au *Frankfurter Allgemeine Zeitung* du 8 septembre 2008

<sup>33</sup> V. affaire C-144/04, *Rec.*, 2005, p. I-9981, points 55 à 78.

<sup>34</sup> V. affaire 222/84, *Rec.*, 1986, p. 1651, points 36 et 37.

<sup>35</sup> V. affaire C-273/97, *Rec.*, 1999, p. I-7403, points 29 à 31.

<sup>36</sup> V. affaire C-186/01, *Rec.*, 2003, p. I-2479, point 39.

### B.1. La Cour constitutionnelle italienne

Nous commençons par l'Italie, car c'est dans ce pays que la jurisprudence constitutionnelle énonce la thèse de la limite des principes fondamentaux (suprêmes) du système constitutionnel, une thèse appliquée initialement aux relations avec le droit concordataire<sup>37</sup>, ensuite étendue aux relations avec le droit communautaire<sup>38</sup> et le droit international général<sup>39</sup>, et enfin appliquée, au niveau interne, aux lois de révision constitutionnelle elles-mêmes<sup>40</sup>.

L'Italie connaît un parcours plutôt tourmenté face aux implications liées au phénomène communautaire.

Un seul aspect reçoit une solution rapide et relativement partagée dès la discussion parlementaire de la loi *ordinaire* (n° 766/1952) qui a autorisé la ratification du traité portant création de la CECA: on identifie dans l'article 11 de la constitution, qui permet, à certaines conditions, des limitations de souveraineté, la clause légitimant l'autorisation de la ratification par une loi ordinaire, en d'autres termes, la « clause d'intégration ». Une telle position sera réaffirmée à l'occasion de la ratification des autres traités communautaires et sera confirmée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle<sup>41</sup>.

À l'exclusion de cet accord si rapidement atteint pour des raisons de nature politique plutôt qu'à la suite d'un approfondissement doctrinal, le caractère *sui generis* du phénomène communautaire et l'acceptation de ses implications se heurtent en Italie à des positions théoriques issues d'un dualisme rigide exprimé par la thèse de « l'ordre d'exécution », une thèse profondément enracinée dans la doctrine internationaliste italienne.

Dans l'affaire *Costa c. ENEL* (décision n° 14 de 1964) la Cour constitutionnelle prend une position de fermeture totale vis-à-vis des implications du phénomène communautaire.

En synthèse, en partant de la thèse d'une prétendue « nationalisation » des normes internationales par la loi interne de transposition (loi ordinaire), la Cour nie

---

<sup>37</sup> V., par ex., déc. n° 30/1971, *considerato in diritto*, point 3, *Giur. cost.*, 1971, p. 150; déc. n° 12/1972, *considerato in diritto*, point 3, *Giur. cost.*, 1972, p. 45; déc. n° 175/1973, *considerato in diritto*, point 2, *Giur. cost.*, 1973, p. 232; déc. n° 18/1982, *considerato in diritto*, points 4 et 5, *Giur. cost.*, 1982, p. 138; déc. n° 203/1989, *considerato in diritto*, points 3 et 4, *Giur. cost.*, 1989, p. 890; déc. n° 13/1991, *considerato in diritto*, point 3, *Giur. cost.*, 1991, p. 77; déc. n° 421/1993, *considerato in diritto*, point 4, *Giur. cost.*, 1993, p. 3469.

<sup>38</sup> V. déc. n° 183/1973, *considerato in diritto*, point 9, *Giur. cost.*, 1973, p. 2401; déc. n° 170/1984, *considerato in diritto*, point 7, *Giur. cost.*, 1984, p. 1098.

<sup>39</sup> V. déc. n° 48/1979, *considerato in diritto*, point 3, *Giur. cost.*, 1979, p. 373.

<sup>40</sup> V. déc. n° 1146/1988, *considerato in diritto*, point 2.1, *Giur. cost.*, 1988, p. 5565.

<sup>41</sup> V. déc. n° 14/1964, *considerato in diritto*, point 6, *Giur. cost.*, 1964, p. 129; déc. n° 98/1965, *considerato in diritto*, point 1, *Giur. cost.*, 1965, p. 1322; déc. n° 183/1973, *considerato in diritto*, points 4 et 6, *Giur. cost.*, 1973, p. 2401.



toute primauté du droit communautaire, ainsi que toute couverture constitutionnelle (irrecevabilité du contrôle de constitutionnalité pour violation indirecte de l'article 11), et identifie le critère chronologique en tant que seul critère à même de résoudre des conflits éventuels<sup>42</sup>.

L'on peut facilement comprendre les réactions négatives qu'une telle orientation provoqua au niveau communautaire<sup>43</sup>.

Dix ans après environ, par la célèbre décision n° 183 de 1973, la Cour constitutionnelle italienne opère un premier changement radical dans sa jurisprudence et reconnaît l'autonomie des deux systèmes juridiques et l'applicabilité *directe* des règlements communautaires<sup>44</sup>. D'où l'interdiction de « mesures étatiques à caractère reproductif, intégratif ou exécutif » desdits actes, « qui peuvent en tout état de cause en différer ou en conditionner l'entrée en vigueur, et encore moins se substituer à ces derniers, y déroger ou les abroger, même partiellement »<sup>45</sup>.

L'acte normatif communautaire - poursuit la Cour - en tant qu'acte émanant d'un système autonome, est soumis au régime de production et de contrôles, de nature aussi bien politique que juridictionnelle, prévu par le système d'appartenance, et ne peut pas être assujéti, bien qu'ayant des effets directs dans le système juridique italien, au contrôle de légitimité aux termes de l'article 134 de la constitution.

En un seul cas la Cour se déclare compétente: au cas où le droit communautaire serait incompatible avec les *principes fondamentaux du système constitutionnel italien* et, en particulier, avec la reconnaissance des droits inaliénables de la personne humaine. Mais dans un tel cas le contrôle de la Cour s'exercerait non pas directement sur l'acte communautaire, mais sur la loi de transposition du traité portant création

---

<sup>42</sup> V. *considerato in diritto*, point 6.

<sup>43</sup> V. l'arrêt du 15 juillet 1964 de la Cour de justice dans l'affaire 6/64.

<sup>44</sup> V. *considerato in diritto*, point 7. Auparavant déjà la Cour, appelée à se prononcer sur la légitimité constitutionnelle de la loi ordinaire n° 766 de 1952 portant ratification du traité CECA, à cause de la présence dans ce traité de certaines dispositions en violation prétendue de règles constitutionnelles, avait commencé une marche d'approche à la nouvelle problématique, en reconnaissant l'originalité de l'ordre communautaire et, par conséquent, la non applicabilité de critères d'évaluation de la légitimité tirés du droit interne, ainsi qu'en soulignant la prévision par le droit communautaire de moyens de garantie efficaces (v. déc. n° 98 de 1965, *considerato in diritto*, points 2 et 3).

<sup>45</sup> Dans le passage successif la Cour précise: « Et si un de ces règlements entraînait pour l'État la nécessité d'adopter des règles exécutives d'organisation pour restructurer ou créer des bureaux ou des services administratifs, ou encore pour pourvoir à des dépenses nouvelles ou plus élevées, dépourvues de la couverture financière prescrite par l'art. 81 de la Constitution, en apportant les corrections budgétaires nécessaires, il est évident que l'accomplissement de ces devoirs par l'État ne pourrait constituer une condition ou une cause de suspension de l'applicabilité du règlement communautaire, qui entrerait immédiatement en vigueur au moins dans son contenu intersubjectif » (v. *considerato in diritto*, point 7).

de la Communauté, afin de vérifier si ledit traité et le droit dérivé sont toujours compatibles avec les principes susmentionnés<sup>46</sup>.

Deux aspects extrêmement innovants se dégagent de ce qui précède: *a)* une condamnation de la pratique précédente de transposition d'un règlement communautaire en un acte interne, bien que sous forme de simple reproduction, et donc la fissure d'une pierre angulaire de la doctrine dualiste italienne; *b)* le rejet de la thèse de la « nationalisation » du droit interétatique<sup>47</sup>, autre point fondamental de ladite doctrine, qui est par ailleurs lié au point précédent.

La Cour, toutefois, tout en examinant de manière approfondie le sujet de l'applicabilité directe du droit communautaire, n'estime pas devoir également indiquer les instruments opérationnels nécessaires en cas d'incompatibilité entre le droit communautaire et le droit interne, peut-être au nom d'une interprétation trop rigoureuse, ou décidément réductive, du *thema decidendum*.

La décision successive n° 232 de 1975<sup>48</sup> marque un temps d'arrêt, voire une involution, dans le processus d'ouverture aux implications du phénomène communautaire. La Cour, en effet, nie au juge ordinaire le pouvoir d'écarter les normes législatives<sup>49</sup> internes successives incompatibles avec le droit communautaire, tout comme elle nie « la possibilité de ne pas les appliquer suite à un choix entre la norme communautaire et la norme interne, relevant... du juge italien sur la base d'une évaluation de leur résistance respective ». Dans ces deux hypothèses, de l'avis de la Cour, le pouvoir de les écarter se traduirait en substance dans la faculté de censurer la loi, ce qui est interdit au juge. « Il s'ensuit - poursuit la Cour - que « le juge est tenu à soulever la question de la... légitimité constitutionnelle » des dispositions de la loi en question pour violation indirecte de l'article 11 de la constitution<sup>50</sup>.

Les argumentations de la Cour se prêtent à trois considérations critiques: *a)* en différenciant les pouvoirs du juge ordinaire selon la différente succession chronologique des deux sources, la Cour semble réintroduire la thèse de la « nationalisation » de la source communautaire, laquelle semblait révolue lors de la précédente reconstitution; *b)* écarter une loi n'équivaut pas nécessairement à la censurer,

---

<sup>46</sup> V. *considerato in diritto*, point 9.

<sup>47</sup> D'après le juge constitutionnel, puisque la Communauté européenne est une « organisation interétatique, de type supranational » (v. *considerato in diritto*, point 5), le droit y relatif ne serait « qualifiable comme source ni de droit international, ni de droit étranger, ni de droit interne de chaque État » (v. *considerato in diritto*, point 7).

<sup>48</sup> V. *Giur. cost.*, 1975, p. 2211.

<sup>49</sup> Par contre, là où il s'agit de dispositions réglementaires, le juge ordinaire a le pouvoir de les écarter directement. Cependant en ce cas aussi - la Cour souligne - si une loi de l'État s'interpose entre les règles communautaires directement applicables et celles réglementaires internes qui reproduisent les premières, il ne ressortit plus au juge ordinaire d'écarter la norme interne, car cela « se traduirait en non application de la norme primaire qui en constitue la source » (v. *considerato in diritto*, point 7).

<sup>50</sup> V. *considerato in diritto*, point 6.

mais à déclarer son efficacité inopérante dans la seule sphère conflictuelle<sup>51</sup> et dans le cas d'espèce; c) en niant au juge le choix entre ces deux sources sur la base d'une évaluation de leur résistance respective, la Cour restreint énormément, voire empêche, le recours aux critères traditionnels de résolution des conflits par la voie de l'interprétation.

L'orientation suivie dans la décision n° 232 est confirmée par des décisions successives<sup>52</sup> et ouvre à nouveau une période de conflictualité avec la Cour de justice communautaire<sup>53</sup>, pour laquelle la non application par le juge ordinaire de la norme interne incompatible avec la norme communautaire, indépendamment de leur ordre de succession chronologique, est le seul instrument à même de garantir l'efficacité directe, inconditionnée et sans déphasage dans le temps du droit communautaire<sup>54</sup>.

Il faudra attendre l'an 1984, et précisément la décision n° 170, pour que la Cour constitutionnelle italienne revoie sa position et accepte toutes les implications du phénomène communautaire, une conclusion vraiment tardive vu, notamment, que des systèmes issus de préoccupations et de reconstitutions théoriques analogues avaient déjà depuis longtemps effectué un changement de cap cohérent<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Il y a lieu de rappeler les mots du juge de cassation belge, qui dans la célèbre décision du 27 mai 1971 (*Journal des tribunaux*, 1971, p. 460), en résolvant le problème des rapports entre droit interne et droit communautaire, déclarait que le pouvoir du juge d'écarter directement la loi « ne revient nullement à censurer la loi », mais simplement à « constater que ses effets sont arrêtés dans la mesure où elle est en conflit avec une disposition directement applicable du droit international conventionnel ».

<sup>52</sup> V., par ex., déc. n° 205 de 1976, *Giur. cost.*, 1976, p. 1292; déc. n° 163 de 1977, *Giur. cost.*, 1977, p. 1524; déc. n° 176 de 1981, *Giur. cost.*, 1981, p. 1543. Dans cette dernière décision le seul point positif reconnaissable, bien qu'en éludant la question cruciale posée par le juge *a quo* (se conformer à la décision à titre préjudiciel de la Cour de justice communautaire du 9 mars 1978, et par conséquent écarter la loi postérieure en conflit, en oblitérant la jurisprudence constitutionnelle, ou bien se conformer à cette dernière, méconnaissant la décision préjudicielle, dont la Cour constitutionnelle même reconnaît cependant le caractère obligatoire?), réside dans la réévaluation de la tâche du juge en tant qu'interprète du droit et, donc, des moyens pour résoudre par la voie de l'interprétation des situations normatives infléchissant la primauté du droit communautaire.

<sup>53</sup> V., par ex., les arrêts du 15 juillet 1964 (*Costa c. ENEL*), du 13 juillet 1972 (*Commission c. République italienne*), du 9 mars 1978 (*Administration des finances c. Simmenthal*).

<sup>54</sup> Il y a lieu cependant de préciser - d'après les éclaircissements de l'avocat général Gerhard Reischl dans ses conclusions du 16 février 1978 (*Rec.*, 1978, p. 646) dans l'affaire *Simmenthal* - que « du point de vue du droit communautaire il ne s'agit pas d'éliminer de l'ordre juridique italien la procédure visant à la déclaration d'illégitimité constitutionnelle d'une loi interne. Pour le droit communautaire il est important seulement que son application - lorsqu'elle doit être immédiate - ne rencontre aucun obstacle dans le droit interne. Sous cet aspect on doit considérer comme un obstacle... le fait qu'il soit du ressort *exclusif* de la Cour constitutionnelle de déclarer non applicable le droit interne incompatible avec le droit communautaire ».

<sup>55</sup> Même si par des parcours théoriques différents, la primauté du droit communautaire et le pouvoir-devoir du juge ordinaire d'écarter directement la norme interne incompatible étaient un résultat atteint depuis longtemps par les cinq autres États membres originaires des Communautés européennes. Rappelons, pour le Luxembourg, la décision de la Cour supérieure de justice du 14 juillet 1954 dans

En corrigeant son ancienne position sur l'assimilation du pouvoir d'écartier au pouvoir de censurer une loi, la Cour reconnaît au juge ordinaire le pouvoir-devoir d'écartier la norme interne incompatible avec le droit communautaire ayant un effet direct, indépendamment de la succession chronologique des deux sources<sup>56</sup>.

Le contrôle de constitutionnalité ayant donc été exclu en tant que moyen pour garantir la primauté du droit communautaire, la Cour énonce deux hypothèses qui demeurent assujetties à son contrôle<sup>57</sup>: a) le cas où les traités portant création des Communautés et le droit dérivé seraient incompatibles avec les principes fondamentaux du système constitutionnel italien<sup>58</sup>, conformément à la jurisprudence déjà énoncée par la Cour dans sa décision n° 183 de 1973 et, vice-versa, b) le cas où des « dispositions de la loi interne... feraient l'objet d'un doute de constitutionnalité, en ce qu'elles viseraient à empêcher ou porteraient préjudice au respect du système issu du Traité ou au noyau essentiel des ses principes<sup>59</sup> ».

Conformément à cette ligne jurisprudentielle la Cour - à l'exception des cas, ci-dessus énoncés, de violation des principes suprêmes de l'un ou de l'autre des systèmes - déclarera irrecevables, au cas où elle en serait saisie, les questions portant sur des prétendus conflits avec le droit communautaire directement applicable,

---

l'affaire *Min. publ. et Chambre des métiers c. Pagani* (*Journal des tribunaux*, 1954, p. 694); pour la Belgique, la décision de la Cour de cassation du 27 mai 1971 dans l'affaire *État belge c. Soc. an. Fromagerie franco-suisse « Le Ski »* (*Journal des tribunaux*, 1971, p. 460); pour l'Allemagne, la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 9 juin 1971 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, p. 2122); pour la France, la décision du Conseil constitutionnel n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 (*Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1975, p. 19). Les Pays-Bas avaient résolu le problème en modifiant la constitution et en y prévoyant expressément la non applicabilité des lois internes incompatibles avec des normes conventionnelles internationales (art. 66) ou avec des actes normatifs des organisations internationales (art. 67, al. 2).

<sup>56</sup> Car - la Cour précise - « l'effet... est... non pas de rendre caduque... la norme interne incompatible, mais d'empêcher que cette norme soit utilisée pour le règlement du différend devant le juge ». Le juge pourra en outre avoir recours - la Cour ajoute - « au moyen de la question d'interprétation préjudicielle aux termes de l'art. 177 du Traité. C'est ainsi seulement qu'on satisfait l'exigence fondamentale de sécurité juridique... qui impose l'égalité et l'uniformité des critères d'application du règlement communautaire en tous les pays de la Communauté européenne » (v. *considerato in diritto*, point 6). La ligne énoncée dans la décision n° 170 de 1984 deviendra la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle: v., récemment, la décision n° 125 de 2009.

<sup>57</sup> V. *considerato in diritto*, point 7.

<sup>58</sup> Un cas pareil a été soumis à la Cour constitutionnelle par le tribunal de Venise dans l'affaire *S.p.a. Fragné c. Administration des finances*, dont on parlera ci-après.

<sup>59</sup> Une telle hypothèse aussi a été soumise à la Cour constitutionnelle. V., par ex., la décision n° 286/1986 (*Giur. cost.*, p. 2309), dans laquelle la Cour a déclaré non fondée la question de légitimité constitutionnelle d'une disposition législative en violation prétendue de la libre circulation des marchandises, qui est un principe fondamental de la Communauté économique européenne.

y compris les directives contenant des dispositions inconditionnelles et suffisamment précises<sup>60</sup>.

Enfin, par deux décisions, la n° 384 de 1994<sup>61</sup> et la n° 94 de 1995<sup>62</sup>, la Cour évoquera à soi la compétence en cas de saisine par voie d'action (à noter, non pas par voie d'exception), afin d'éliminer toute antinomie normative<sup>63</sup>.

Ainsi qu'il ressort de la décision de 1984, la limite infranchissable des principes fondamentaux (suprêmes) est considérée non seulement comme une clause de sauvegarde des valeurs identitaires du système interne - conformément à ce que la Cour avait déjà affirmé dans sa décision de 1973 - mais aussi, vice-versa, comme garantie du noyau essentiel des principes du système communautaire contre toute loi interne pouvant lui porter préjudice. En plaçant sur un pied d'égalité les deux hypothèses, la Cour constitutionnelle italienne fait preuve d'équilibre et souligne que les cas de normes « en rupture » de l'un ou de l'autre système revêtent la même gravité. Par ailleurs, dans les rares occasions où la Cour a été appelée à se confronter avec des prétendus cas de « rupture », invoqués par des juges *a quibus*, elle a exclu le conflit ou a éludé le problème.

Il y a lieu de rappeler la décision n° 232 de 1989 dans l'affaire *S.p.a. Fragn c. Administration des Finances*<sup>64</sup>. Le juge *a quo*, en soulevant la question de la légitimité constitutionnelle de la loi n° 1203/1957 de transposition du traité CEE, dans la partie où ladite loi a donné exécution à l'article 177 du traité, avait supposé que cet article - qui permet à la Cour de justice de limiter, conformément aux dispositions de l'article 174, al. 2, l'efficacité *ex tunc* d'un arrêt, rendu à titre préjudiciel, d'annulation d'un règlement communautaire, en en excluant l'efficacité aux fins mêmes du litige au principal - violait le principe fondamental du droit d'action garanti par l'article 24, al. 1, de la constitution italienne. La Cour constitutionnelle, tout en partageant les considérations du juge *a quo*<sup>65</sup>, a déclaré la question irrecevable sur la base d'une évaluation discutable de son caractère préjudiciel pour trancher le litige au principal.

Concernant la valeur des décisions de la Cour européenne de justice, le juge constitutionnel italien reconnaît que lesdites décisions « ont certainement le carac-

<sup>60</sup> Pour ce dernier aspect v., par ex., déc. n° 168/1991, *considerato in diritto*, points 5 et 6, *Giur. cost.*, 1991, p. 1409.

<sup>61</sup> V. *Giur. cost.*, 1994, p. 3449.

<sup>62</sup> V. *Giur. cost.*, 1995, p. 788.

<sup>63</sup> Ceci conformément non seulement au principe de sécurité juridique dans l'ordre interne, mais aussi, dans l'ordre communautaire, à une obligation des États membres afin d'assurer la primauté du droit communautaire (v., par ex., Cour de justice, arrêt du 25 octobre 1979, affaire 159/78, *Commission c. République italienne*, *Rec.*, 1979, p. 3247; arrêt du 15 octobre 1986, affaire 168/85, *Commission c. République italienne*, *Rec.*, 1986, p. 2945; arrêt du 24 mars 1988, affaire 104/86, *Commission c. République italienne*, *Rec.*, 1988, p. 1799.

<sup>64</sup> V. *Giur. cost.*, 1989, p. 1001.

<sup>65</sup> V. *considerato in diritto*, point 4, *sub* 1 et 2.

tère de décisions déclaratives du droit communautaire », qu'elles soient prononcées à titre préjudiciel<sup>66</sup> ou lors d'un contentieux<sup>67</sup>; d'où l'opérativité immédiate dans le système interne des déclarations de la Cour de justice si elles se réfèrent à des normes communautaires immédiatement applicables<sup>68</sup>.

En concluant cet aperçu, il y a lieu de rappeler que ce n'est que récemment, par sa décision n° 102 du 15 avril 2008<sup>69</sup>, que la Cour constitutionnelle italienne s'est reconnue en tant que juridiction destinataire de la norme visée à l'article 234 du traité CE (art. 177 du traité CEE) et a remis, pour la première fois, à la Cour de justice européenne une question interprétative à titre préjudiciel<sup>70</sup>.

Avant cette décision historique, bien que tardive, la Cour avait affirmé, par une jurisprudence constante, de ne pouvoir être comprise parmi les « juridictions nationales » auxquelles « fait référence l'article 177 du Traité portant création de la Communauté économique européenne », et qu'il revenait « au contraire au juge..., lequel allègue... la norme communautaire à la base de la censure de constitutionnalité, de se faire charge - à défaut de décisions précédentes et ponctuelles de la Cour de justice - de saisir cette dernière »<sup>71</sup>.

## B.2. Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État français

Sur le problème des rapports entre le droit interne et le droit international et, en particulier, sur les moyens pour assurer la primauté du deuxième d'après le préambule de la constitution de 1946 (alinéas 14 et 15) et l'article 55 de la constitution de 1958, le Conseil constitutionnel français se prononce - comme on l'a déjà dit - par la célèbre décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975.

À la suite de cette décision le « contrôle de conventionnalité de la loi » a connu un développement très important et les tribunaux français, inférieurs et suprêmes, n'ont pas hésité à écarter la loi nationale incompatible avec une règle internationale ou communautaire, indépendamment de la succession chronologique.

Cela ne doit pas induire à conclure qu'en France la théorie moniste est prédominante, en faveur d'un droit international soustrait à tout contrôle.

---

<sup>66</sup> V. déc. n° 113/1985, *Giur. cost.*, 1985, p. 694.

<sup>67</sup> V. déc. n° 389/1989, *Giur. cost.*, 1989, p. 1757.

<sup>68</sup> V. déc. n° 284/2007, *Giur. cost.*, 2007, p. 2780.

<sup>69</sup> V. *Giur. cost.*, 2008, p. 1194.

<sup>70</sup> V. *considerato in diritto*, points 8.2.8.4 à 8.2.8.6. V. aussi ord. n° 103/2008 et déc. n° 216/2010. La Cour européenne de justice s'est prononcée à son tour par un arrêt du 17 novembre 2009 (affaire C-169/08), en estimant la disposition interne (art. 3, al. 3, de la loi de la région Sardaigne n° 2 de 2007) incompatible avec les articles 49 et 87 du traité CE.

<sup>71</sup> V. ord. n° 536/1995, *Giur. cost.*, 1995, p. 4459. V. également ord. n° 319/1996, *Giur. cost.*, 1996, p. 2618; ord. n° 109/1998, *Giur. cost.*, 1998, p. 926.

En France, jusqu'à la révision constitutionnelle de 2008, le contrôle a été abstrait et préventif; il est prévu par trois articles de la constitution: l'article 53, qui prescrit la ratification en vertu d'une loi pour certains traités internationaux; l'article 54 qui prévoit, le cas échéant, la révision constitutionnelle<sup>72</sup>; l'article 61, al. 2, qui permet le contrôle par le Conseil constitutionnel de la loi autorisant la ratification et, indirectement, du traité.

Il y a lieu de rappeler aussi que le Conseil d'État, par un arrêt d'assemblée du 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*<sup>73</sup>, a tenu à déclarer que la suprématie conférée aux engagements internationaux par l'article 55 de la constitution « ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ». La position prise par la Cour de Cassation dans l'arrêt d'assemblée plénière du 2 juin 2000, *Fraïsse*<sup>74</sup>, n'est pas différente. Le Conseil constitutionnel, dans son importante décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004<sup>75</sup> sur le traité établissant une constitution pour l'Europe, en se référant à la clause sur le respect de l'identité nationale des États membres, en déduit que la « place au sommet de l'ordre juridique interne », occupée par la constitution française, est hors de discussion (*cons.* 10), position confirmée dans la décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007 sur le traité de Lisbonne (*cons.* 8)<sup>76</sup>.

Mais une fois suivie régulièrement la procédure prévue pour la ratification, y compris l'adoption préalable, le cas échéant, d'une loi de révision constitutionnelle, et une fois passés les contrôles du Conseil constitutionnel (il y a lieu de rappeler que le traité de Maastricht a fait l'objet de bien trois décisions<sup>77</sup>), le principe *pacta*

<sup>72</sup> Bien quatre lois de révision constitutionnelle ont été adoptées pour permettre la ratification des traités européens: a) la loi n° 92-554 du 25 janvier 1992 pour le traité de Maastricht du 7 février 1992; b) la loi n° 99-49 du 25 janvier 1999 pour le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997; c) la loi n° 2005-204 du 1<sup>er</sup> mars 2005 pour le traité établissant une constitution pour l'Europe du 29 octobre 2004; d) la loi n° 2008-103 du 4 février 2008 pour le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, auxquelles il convient d'ajouter la loi n° 2003-267 du 25 mars 2003 pour le mandat d'arrêt européen.

<sup>73</sup> V. *Rec. Lebon*, 1998, p. 368.

<sup>74</sup> V. *Rec. Dalloz*, 2000, p. 865.

<sup>75</sup> V. *Rec.*, 2004, p. 173.

<sup>76</sup> V. *Rec.*, 2007, p. 459.

<sup>77</sup> Le traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, a fait l'objet, comme nous venons de le dire, de trois décisions du Conseil constitutionnel, dont la première (déc. n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Rec.*, 1992, p. 55) aux termes de l'art. 54 de la constitution, pour établir la nécessité ou non d'une révision de la constitution afin d'autoriser la ratification du traité; la deuxième (déc. n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Rec.*, 1992, p. 76) toujours aux termes de l'art. 54 pour vérifier, une fois la révision intervenue par loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 janvier 1992, la conformité des clauses du traité à la constitution; la troisième (déc. n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Rec.*, 1992, p. 94) aux termes de l'art. 61, al. 2, de la constitution, se terminant par une déclaration de défaut de compétence à contrôler une loi adoptée par voie de référendum, d'après la jurisprudence inaugurée par la décision n° 60-20 DC du 6 novembre 1962 (*Rec.*, 1962, p. 27).

*sunt servanda* est appliqué de façon rigide<sup>78</sup>, à savoir les traités ne sont pas passibles d'un contrôle successif et indirect<sup>79</sup>; ils jouissent, donc, d'une sorte d'« immunité contentieuse ». En d'autres termes, la théorie du « traité-écran » est appliquée, modelée sur celle de la « loi-écran ». Comme la théorie de la « loi-écran » fait obstacle à ce que soient examinés des moyens qui tendraient, même indirectement, à remettre en cause la constitutionnalité d'une loi, ainsi la théorie du « traité-écran » fait obstacle à la remise en cause du bien-fondé d'un engagement international.

Aujourd'hui, cependant, la reconstitution qui précède a été infléchie, aussi bien sous l'angle de la distinction nette par le Conseil constitutionnel entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, que sous l'angle du respect de la théorie du « traité-écran ». Et cela à cause du phénomène du droit communautaire *dérivé*<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> V., pour l'énonciation de cette règle, la décision n° 92-308 DC, *cons.* 7. Textuellement: « Considérant que le quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958, proclame que la République française "se conforme aux règles du droit public international"; qu'au nombre de celles-ci figure la règle *Pacta sunt servanda* qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi; que l'article 55 de la Constitution de 1958 dispose, en outre, que "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" ».

<sup>79</sup> On n'applique pas en tel cas la jurisprudence énoncée dans la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie* (*Rec.*, 1985, p. 43). D'après cette jurisprudence, lorsque le Conseil constitutionnel est appelé à se prononcer sur des dispositions d'une loi *promulguée*, au cours du contrôle d'une loi pas encore promulguée, interférente avec la première, le juge constitutionnel est compétent à contrôler les dispositions aussi de la loi déjà promulguée, si la nouvelle est une loi de *mise en cause* (modification ou intégration) de la première; il doit décliner, par contre, sa compétence s'il s'agit d'une loi de simple *mise en œuvre* (application). Textuellement: « Considérant que, si la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine, il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi » (*cons.* 10).

<sup>80</sup> En ce qui concerne les engagements internationaux en général, la mise en œuvre en droit interne a été subordonnée, par la décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998 (*Rec.*, 1998, p. 245), à la condition qu'il ne soit pas porté atteinte aux *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* (*cons.* 15). Textuellement: « Considérant qu'il résulte de ces dispositions » (art. 3 de la déclaration de 1789; art. 3 de la constitution de 1958; al. 14 et al. 15 du préambule de la constitution de 1946) « qu'en principe ne sauraient être confiées à des personnes de nationalité étrangère, ou représentant un organisme international, des fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale; que tel est le cas, en particulier, des fonctions juridictionnelles..., statuant "au nom du peuple français"; qu'il peut, toutefois, être dérogé à ce principe dans la mesure nécessaire à la mise en œuvre d'un engagement international de la France et sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». D'ailleurs, la référence aux « conditions *essentielles* d'exercice de la souveraineté nationale » est un paramètre de création prétorienne, que le Conseil constitutionnel applique dans le contrôle *a priori* de tout traité international, y compris les traités communautaires (v., par ex., déc. n° 92-308 DC, *cons.* 14; déc. n° 2004-505 DC, *cons.* 7; déc. n° 2007-560 DC, *cons.* 9). Textuellement: « Considérant... que, lorsque des engagements [internationaux]... contiennent une clause contraire à



Entre juin et juillet 2004, par une série de décisions (n° 496 DC<sup>81</sup>, n° 497 DC<sup>82</sup>, n° 498 DC<sup>83</sup> et n° 499 DC<sup>84</sup>), le Conseil constitutionnel, en s'appuyant sur la clause d'intégration européenne d'après l'article 88-1 de la constitution et, donc, sur l'« exigence constitutionnelle » d'une transposition exacte en droit interne des directives communautaires, accepte de contrôler la conformité à la directive de la loi ayant pour objet sa transposition, car c'est à lui qu'il revient de veiller au respect de cette exigence, « à laquelle - le juge tient à souligner - il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une *disposition expresse contraire de la Constitution* ».

À part l'incidence, dans les décisions qu'on vient de citer, sur le « contrôle de conventionnalité » (droit dérivé communautaire, mais ayant en tout cas sa source de légitimation dans les traités européens), le Conseil constitutionnel introduit une contre-limite à la primauté du droit communautaire dérivé et, donc, à l'exigence constitutionnelle de transposition d'une directive en droit interne selon l'article 88-1: l'existence d'une disposition expresse contraire de la constitution. Il s'agit d'une réserve de contrôle *a posteriori*, par rapport aux traités européens, sur le développement du droit communautaire par le biais du droit dérivé.

La formule de la contre-limite: « disposition expresse contraire de la Constitution », vraiment très large (à savoir, toute disposition, indépendamment de son contenu expressif ou non des valeurs fondantes?), a été ensuite remplacée, dans la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006<sup>85</sup> sur la loi relative au droit d'auteur (*cons.* 19), par celle d'incompatibilité avec *une règle ou un principe « inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »* (avec référence, donc, à la possibilité d'une révision constitutionnelle). Dans cette décision, en outre, le Conseil énonce une limite ultérieure, qui concerne la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi de transposition incompatible avec la directive communautaire: il faut qu'il s'agisse, pour que le juge prononce une déclaration d'inconstitutionnalité, d'« une disposition législative *manifestement* incompatible avec la directive », étant donné que le Conseil constitutionnel français, pour les délais impératifs et très étroits (un mois ou huit jours) dans lesquels il doit se prononcer (art. 61, al. 3, de la constitution), ne peut pas saisir la Cour européenne de justice à

---

la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle ». Comme il est évident, la révision de la constitution peut légitimer des limitations, plus ou moins larges, de la souveraineté étatique, mais jamais son anéantissement.

<sup>81</sup> Du 10 juin 2004, *Rec.*, 2004, p. 101.

<sup>82</sup> Du 1<sup>er</sup> juillet 2004, *Rec.*, 2004, p. 107.

<sup>83</sup> Du 29 juillet 2004, *Rec.*, 2004, p. 122.

<sup>84</sup> Du 29 juillet 2004, *Rec.*, 2004, p. 126.

<sup>85</sup> V. *Rec.*, 2006, p. 88. V. aussi déc. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *cons.* 6, *Rec.*, 2006, p. 120; déc. n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *cons.* 44, *Rec.*, 2008, p. 313; déc. 2010-605 DC du 12 mai 2010, *cons.* 18, *Rec.*, 2010, p. 78.

titre préjudiciel, ce qui revient, le cas échéant, aux autres autorités juridictionnelles nationales<sup>86</sup>.

Le rappel au respect de l'identité nationale reproduit la clause introduite dans les traités européens à partir de celui de Maastricht. À une telle clause le Conseil constitutionnel avait déjà fait référence dans sa décision n° 2004-505 DC sur le traité établissant une constitution pour l'Europe, dans le but de: *a)* vider de signification la dénomination du traité, traité qui garde, selon le juge, le caractère propre à tout accord international et est « sans incidence sur la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne » (*cons.* 9 et 10); *b)* ramener la codification du principe de la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux (art. 1-6 du traité précité) à une portée qui ne soit « autre que celle qui était antérieurement la sienne » (*cons.* 12).

En ce qui concerne la jurisprudence administrative, on constate également l'ouverture d'une brèche dans l'application de la théorie du « traité-écran ». À ce propos, il y a lieu de mentionner l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*<sup>87</sup>.

Le juge administratif, en s'inspirant de la jurisprudence inaugurée par les décisions de 2004 du Conseil constitutionnel sur le contrôle des lois de transposition des directives communautaires, n'hésite pas à contrôler la constitutionnalité d'un décret pris pour la transposition d'une directive communautaire.

Après avoir invoqué l'article 55 de la constitution, pour affirmer la primauté de la constitution, et l'article 88-1, « dont découle une obligation constitutionnelle de transposition des directives », le Conseil d'État déclare qu'« il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré d'une disposition ou d'un principe de valeur

---

<sup>86</sup> Textuellement: « Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 88-1 de la Constitution: "La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences"; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle » (*cons.* 17). « Considérant qu'il appartient par suite au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence; que, toutefois, le contrôle qu'il exerce à cet effet est soumis à une double limite » (*cons.* 18). « Considérant, en premier lieu, que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti » (*cons.* 19). « Considérant, en second lieu, que, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne; qu'il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer; qu'en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel » (*cons.* 20).

<sup>87</sup> V. *Rec. Lebon*, 2007, p. 56.

constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui... garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ».

Il différencie ensuite deux hypothèses: *a)* dans l'affirmative (à savoir, existence d'une règle communautaire), il revient au juge d'écarter le moyen invoqué si la directive et, donc, le décret de transposition sont conformes aux règles pertinentes du droit communautaire, sauf soulever, le cas échéant, une question préjudicielle selon l'article 234 du traité CE; *b)* en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, « il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ».

Pour conclure, on peut affirmer qu'en France: *a)* les règles du droit international ont un rang supralégislatif, mais infraconstitutionnel ; *b)* la primauté du droit communautaire sur le droit interne rencontre la limite du respect des règles ou principes « inhérents à l'identité constitutionnelle de la France », en d'autres termes, du respect des principes suprêmes de l'ordre constitutionnel.

### B.3. La Cour constitutionnelle fédérale allemande

La Cour constitutionnelle fédérale allemande résout, en principe, le problème des rapports du droit communautaire avec le droit interne, en reconnaissant la primauté et l'applicabilité directe, par la décision du 9 juin 1971<sup>88</sup>.

Le juge de Karlsruhe identifie en l'article 24, al. 1, de la Loi fondamentale de Bonn la clause d'intégration européenne, en précisant que cet article « non seulement légitime le transfert de pouvoirs souverains à des organisations internationales, mais implique aussi que leurs actes soient reconnus à l'intérieur de l'État, auquel appartenait auparavant le droit de souveraineté exclusive ». Et la Cour souligne, pour justifier la primauté et l'applicabilité directe du droit communautaire, que « par la ratification du traité CEE... un ordre juridique autonome est né, lequel se superpose à l'ordre juridique interne et doit être appliqué par les juges allemands ».

En ce qui concerne ces derniers et la compétence de la Cour au titre de l'article 100, al. 1, de la Loi fondamentale, le juge constitutionnel exclut qu'il y a en l'espèce une hypothèse de contrôle de la constitutionnalité des lois, en précisant que « pour résoudre le problème de savoir si une règle de loi interne est incompatible avec une règle prioritaire du droit communautaire..., la Cour constitutionnelle

---

<sup>88</sup> V. BVerfGE 31, 145. V. aussi *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, 47, p. 2122 et le commentaire de G. Meier.

fédérale n'est pas compétente. Il revient... aux tribunaux compétents de résoudre un tel conflit ».

En synthétisant: *a)* la spécificité de l'ordre juridique communautaire en détermine la primauté, légitimée par l'article 24, al. 1, de la Loi fondamentale; *b)* il revient aux tribunaux compétents le pouvoir-devoir d'assurer cette primauté; *c)* l'exercice d'un tel pouvoir n'implique ni une interférence dans les compétences du législateur, ni un contrôle de constitutionnalité aux termes de l'article 100, al. 1, de la Loi fondamentale.

La décision *Solange I* du 29 mai 1974<sup>89</sup> infléchit cette jurisprudence, car la Cour constitutionnelle fédérale déclare recevable la saisine, en acceptant de juger de l'applicabilité du droit communautaire *dérivé* en prétendu conflit avec des droits fondamentaux, reconnus et garantis par la Loi de Bonn.

La saisine par le juge *a quo*, lorsqu'il estime que la disposition communautaire, telle qu'elle a été interprétée par la Cour de justice, est inapplicable parce qu'elle est en conflit avec un des droits fondamentaux garantis par le *Grundgesetz*, est non seulement recevable - la Cour souligne - mais *obligatoire*.

Le juge constitutionnel assume une telle position à cause du déficit, à son avis, de développement et de protection des droits fondamentaux dans l'ordre communautaire, car à l'époque le parlement européen n'était pas élu au suffrage direct, il n'y avait pas encore un catalogue formel des droits fondamentaux, équivalent en richesse et en efficacité de protection à celui prévu et garanti par la Loi fondamentale, et la Cour de justice ne garantissait pas à elle seule la sécurité juridique.

Il s'agissait, donc, d'une dérogation contingente et limitée au domaine des droits fondamentaux, par rapport à l'application générale de la jurisprudence telle qu'arrêtée en 1971, comme le juge Hirsch le souligna.

Une fois la situation évoluée, la Cour constitutionnelle fédérale aussi modifie sa position par la célèbre décision *Solange II* du 22 octobre 1986<sup>90</sup>, dans laquelle elle trace les lignes-guide, toujours valables, de sa jurisprudence en ce qui concerne le droit communautaire *dérivé* et le respect des droits fondamentaux.

La Cour analyse encore une fois l'article 24, al. 1, de la Loi fondamentale, en tant que clause de légitimation de l'intégration européenne ( II, 1, *sub a*)<sup>91</sup>. Puis le

<sup>89</sup> V. BVerfGE 37, 271.

<sup>90</sup> V. BVerfGE 73, 339.

<sup>91</sup> Textuellement: « L'article 24, paragraphe 1, du *Grundgesetz* permet..., par la volonté des auteurs de la Constitution, d'attribuer au traité transférant des droits souverains à des institutions interétatiques, ainsi qu'au droit émanant de semblables institutions, une primauté de validité et d'application sur le droit interne de la République fédérale d'Allemagne par une décision interne en ce sens. Tel a été le cas pour les traités instituant les Communautés européennes, ainsi que pour le droit créé par les institutions communautaires sur le fondement de ces actes, dans le cadre des lois portant ratification de ceux-ci, adoptées sur la base de l'article 24, paragraphe 1, et de l'article 59, paragraphe 2, premier alinéa, du *Grundgesetz* » (réserve de la loi fédérale pour la ratification de certains traités). « L'applicabilité

juge constitutionnel énonce la limite infranchissable au transfert de pouvoirs souverains, à savoir *la sauvegarde de l'ordre constitutionnel allemand en ses caractères identitaires* et, partant, inaliénables, parmi lesquels l'on dénombre notamment « les principes de droit qui sont à la base de la partie du *Grundgesetz* consacrée aux droits fondamentaux » (II, 1, *sub b*). Il s'agit, en d'autres termes, de la limite des « principes supérieurs », énoncée par la jurisprudence constitutionnelle italienne, à laquelle le juge allemand renvoie par ailleurs<sup>92</sup>.

Au niveau jurisprudentiel, le juge constitutionnel allemand constate que la Cour de justice des Communautés a accompli un véritable saut qualitatif, après une période initiale de *self-restraint*, en ce qui concerne l'ampleur de reconnaissance et le niveau de protection assurée aux droits fondamentaux, à partir de l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft* et, surtout, de l'affaire *Nold*<sup>93</sup>.

Il faut également considérer - poursuit le juge - l'élection au suffrage universel direct du parlement européen (dès 1979), ainsi que l'adoption de certaines déclarations très importantes, telle que la Déclaration du 5 avril 1977 sur les droits fondamentaux et la Déclaration des 7 et 8 avril 1978 sur la démocratie.

À la lumière de ce qui précède la Cour constitutionnelle fédérale estime pouvoir conclure pour l'existence, désormais, d'un catalogue européen des droits fondamentaux, ainsi que d'une *équivalence essentielle* de protection au niveau communautaire (II, 1, *sub d* et *sub e*). D'où le virement de jurisprudence par rapport à la dé-

---

directe des règlements communautaires en République fédérale d'Allemagne et leur primauté d'application sur le droit interne découlent de la décision contenue dans la loi de ratification du traité C.E.E., laquelle s'étend à l'article 189, alinéa 2, dudit traité ».

<sup>92</sup> Textuellement: « L'habilitation au titre de l'article 24, paragraphe 1, du *Grundgesetz* n'est cependant pas sans avoir des limites constitutionnelles. Cette disposition n'autorise pas... à aliéner, par le biais de l'attribution des droits souverains à des institutions interétatiques, l'identité de l'ordre constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne... [v.]... des limites comparables dans la Constitution italienne et dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne... Parmi les éléments inaliénables essentiels faisant partie des fondements de l'ordre constitutionnel actuel, il y a lieu de compter en tout cas les principes de droit qui sont à la base de la partie du *Grundgesetz* consacrée aux droits fondamentaux... Par conséquent, lorsqu'un pouvoir souverain est reconnu à une institution internationale, au sens de l'article 24, paragraphe 1, du *Grundgesetz*, qui est susceptible d'affecter... la teneur essentielle des droits fondamentaux reconnus par le *Grundgesetz*, il faut... que l'institution internationale en faveur de laquelle ce transfert est opéré garantisse elle-même des droits fondamentaux équivalant par essence dans leur contenu et leur efficacité à la protection des droits fondamentaux que la Loi fondamentale déclare inaliénable... ».

<sup>93</sup> Textuellement: « Le pas décisif - vu sous l'angle du *Grundgesetz* - a été accompli par la Cour de justice dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Nold*...; elle y a déclaré, en effet, qu'en assurant la sauvegarde des droits fondamentaux, elle est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qu'elle ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces États ».

cision *Solange I* de 1974, et la déclaration d'irrecevabilité du renvoi au titre de l'article 100, al. 1, de la Loi fondamentale (II, 1, *sub ff*)<sup>94</sup>.

La Cour confirme, donc, la jurisprudence énoncée en 1971, en se fondant sur une sorte de présomption *iuris tantum* de respect, par le droit communautaire dérivé, de la limite des « principes suprêmes ».

Cette jurisprudence n'a pas été infléchie par la suite, bien que la décision sur le traité de Maastricht du 12 octobre 1993<sup>95</sup>, en tant que se référant à un « rapport de coopération » avec la Cour européenne de justice et, donc, à un partage de tâches entre les deux Cours<sup>96</sup>, ait engendré des doutes d'interprétation et renouvelé en doctrine la querelle sur ce problème épineux.

La jurisprudence successive de la Cour a en tout état de cause dissipé tout doute. Appelée à se prononcer au titre de l'article 100, al. 1, de la Loi fondamentale

---

<sup>94</sup>Textuellement: « Cette évolution permet de dire qu'aussi longtemps que les Communautés européennes, notamment la jurisprudence de la C.J.C.E., garantissent d'une façon générale une protection efficace des droits fondamentaux..., le BVG n'exercera plus sa compétence relativement à l'applicabilité du droit communautaire dérivé..., et ne contrôlera donc plus ce droit au regard des droits fondamentaux du *Grundgesetz*; les saisines en ce sens au titre de l'article 100, paragraphe 1, du *Grundgesetz* seront dès lors irrecevables ».

<sup>95</sup> V. BVerfGE 89, 155.

<sup>96</sup> Textuellement: « Cette Cour [la Cour constitutionnelle fédérale] exerce... sa juridiction sur l'applicabilité en Allemagne du droit communautaire dérivé dans le cadre d'un "rapport de coopération" avec la Cour européenne de justice: en vertu de ce rapport cette Cour assure la protection des droits fondamentaux en tout cas concret dans tout le territoire des Communautés européennes, tandis que la Cour constitutionnelle fédérale peut se limiter à assurer une garantie générale des *standards* des droits fondamentaux auxquels on ne peut déroger » (V. 2, *sub b*). Et encore: « ... cette Cour et la Cour de justice se trouvent dans un rapport de coopération dans lequel elles se complètent réciproquement » (B, 2, *sub c 5*). L'arrêt, prononcé à la suite d'un recours aux termes de l'article 93, al. 1, *sub 4a*, de la Loi fondamentale (*Verfassungsbeschwerde*), examine analytiquement la problématique liée au phénomène de l'intégration européenne, à la lumière de l'évolution ultérieure prévue dans le traité de Maastricht et, donc, de l'équilibre nécessaire entre les nouvelles compétences de l'Union (avec la garantie, contre tout élargissement illégitime, offerte par le principe d'attribution des compétences) et la sauvegarde de l'identité nationale des États membres. On insiste sur le fait que ce traité institue une alliance, une association d'États (*Staatenverbund*), et non, pour le moment, une sorte d'« États-Unis d'Europe », ainsi que sur l'absence d'« automatisme » pour des évolutions futures et sur le rôle politique du *Bundestag* et, en général, des parlements nationaux pour sauvegarder le principe démocratique. Dans la synthèse finale le juge allemand déclare que le traité de Maastricht « marque une nouvelle étape dans le processus d'unification européenne, qui... devrait renforcer ultérieurement la démocratie et l'efficacité dans l'action des institutions... En même temps l'Union... respecte l'identité nationale des États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques. L'Union garde, donc, les fondements démocratiques existant dans les États membres et elle grandit sur ces fondements. Un développement ultérieur de l'Union européenne ne peut faire abstraction de ces lignes directrices ». Enfin le juge rappelle la révision constitutionnelle de l'art. 23 de la Loi fondamentale pour conclure qu'« il est décisif..., tant du point de vue du traité que de celui de la constitution, que l'élargissement des fondements démocratiques de l'Union aille de pair avec l'intégration européenne et que dans le développement ultérieur de celle-ci une démocratie vitale soit sauvegardée dans les États membres ».

par le tribunal administratif de Francfort sur un prétendu conflit entre un règlement communautaire, tel qu'interprété par la Cour de justice, et des droits fondamentaux garantis par la Loi de Bonn (art. 3: principe d'égalité; art. 12: liberté de choix d'une profession; art. 14: droit de propriété), la Cour constitutionnelle fédérale, par une décision du 7 juin 2000<sup>97</sup>, a déclaré la saisine irrecevable, en confirmant la jurisprudence énoncée dans la décision *Solange II* de 1986.

Un changement de jurisprudence ne serait d'ailleurs aujourd'hui plus justifié, car l'Union européenne a adopté une Charte des droits fondamentaux laquelle, par l'ampleur des prévisions, traduit tout à fait les caractères identitaires d'un État de droit, démocratique et sociale, auquel la Loi fondamentale renvoie dans la nouvelle rédaction de l'article 23, al. 1 (loi de révision du 21 décembre 1992).

La décision récente de la Cour constitutionnelle fédérale du 30 juin 2009 sur le traité de Lisbonne<sup>98</sup> ne change rien en ce qui concerne les rapports entre les deux ordres juridiques et le principe de primauté du droit communautaire directement applicable<sup>99</sup>. En se rapportant expressément à sa jurisprudence précédente (*sub C. II*, point 340), la Cour confirme le pouvoir-devoir des juges d'écarter le droit interne incompatible, ainsi que la limite indisponible et, donc, infranchissable de la sauvegarde de l'ordre constitutionnel allemand en ses caractères identitaires<sup>100</sup>, et le devoir de la Cour de veiller à son respect (*sub C. I*, points 208 ss. et *sub C. II*, points 331 ss.)

---

<sup>97</sup> V. BVerfGE 102, 147.

<sup>98</sup> La Cour, appelée à se prononcer à la suite de plusieurs recours (*Organstreit* et *Verfassungsbeschwerde*) introduits contre la loi du 8 octobre 2008 de ratification du traité de Lisbonne, ainsi que contre des dispositions des lois annexées, telles que la loi de révision constitutionnelle et la loi concernant l'extension et le renforcement des droits du parlement allemand, a déclaré cette dernière loi inadéquante et en violation des articles 38, al. 1, et 23, al. 1, du *Grundgesetz* et, donc, tout en reconnaissant la compatibilité de la loi de ratification du traité de Lisbonne avec la Loi fondamentale et la légitimité de la loi de révision, a subordonné le dépôt de l'instrument de ratification à l'adoption préalable d'une loi conforme aux indications données dans les motifs de la décision (*sub C. II*, 3).

<sup>99</sup> Le principe de la primauté, énoncé dans une disposition expresse (art. I-6) du traité de 2004 établissant une constitution pour l'Europe, ne figure pas dans le traité de Lisbonne, mais dans une déclaration annexée à l'acte final (annexe 17). Cela ne change rien en ce qui concerne l'existence du principe et la jurisprudence de la Cour de justice, comme le service juridique du Conseil a tenu à préciser dans un avis du 22 juin 2007 (doc. 11197/07, JUR 260), et la Cour constitutionnelle fédérale allemande reconnaît (*sub C. II*, point 343).

<sup>100</sup> À l'appui de la légitimité d'opposer la limite des principes suprêmes, identitaires, de l'ordre constitutionnel, la Cour fédérale allemande cite (*sub C. II*, point 340) la jurisprudence analogue de la Cour européenne de justice. Celle-ci, dans une décision du 3 septembre 2008 dans l'affaire *Kadi* (affaires C-402/05 et C-415/05, *Rec.*, 2008, p. I-6351), appelée à se prononcer sur la légitimité d'un règlement communautaire pris pour la transposition d'une résolution obligatoire du Conseil de sécurité des Nations Unies, en revendique le contrôle en ayant recours à la limite infranchissable du respect des principes fondamentaux du droit communautaire (« garantie constitutionnelle descendante du traité CE... qui ne peut être compromise par un accord international »).

Sous l'angle du processus vers l'intégration politique à la lumière de l'étape ultérieure marquée par le traité de Lisbonne, le juge énonce les réserves déjà manifestées dans la décision sur le traité de Maastricht et les freins qui en découlent, notamment le respect rigoureux des principes d'attribution des compétences, de subsidiarité, de proportionnalité (*sub* C. I, point 233 et *sub* C. II, points 298 ss., 322 ss.), contre toute tentative d'évolution vers une « fédéralisation européenne rampante ».

La Cour insiste sur le fait que l'Union européenne est toujours un *Staatenverbund* (*sub* C.I, point 229), à savoir une association d'États, dont la source est conventionnelle (y compris la prévision du droit de retrait) et la légitimation démocratique descend de la volonté des peuples des États membres par l'intermédiaire des parlements nationaux<sup>101</sup>. Ces derniers, en autorisant par une loi la ratification du traité et en participant à certaines procédures simplifiées de décision (notamment, les « clauses passerelles », la procédure du « frein d'urgence », *etc.*), assument la responsabilité juridique et politique, devant les citoyens, du processus d'intégration européenne (*sub* C. I, point 236). D'où le rôle politique essentiel du parlement national et la nécessité de modifier, d'après les indications contenues dans les motifs de la décision, la loi sur l'extension et le renforcement des droits du parlement, afin d'assurer d'une manière adéquate les droits de participation et les responsabilités nouvelles du *Bundestag* et, dans le cadre de ses compétences, du *Bundesrat* dans le processus d'intégration européenne (*sub* C. II, points 406 ss.)

#### B.4. Le Tribunal constitutionnel espagnol

Après avoir examiné la jurisprudence constitutionnelle de trois États membres originaires des Communautés européennes, nous allons porter notre attention sur le cas espagnol.

La constitution de 1978 contient deux clauses, l'article 93 et l'article 95, l'un qui prévoit l'autorisation, par la loi organique, à la ratification des traités attribuant à des organisations internationales l'exercice de compétences dérivées de la constitution<sup>102</sup>, l'autre qui prévoit la révision constitutionnelle préalable, le cas échéant, après déclaration du Tribunal constitutionnel.

---

<sup>101</sup> Le parlement européen, étant donné le contingentement des sièges des États membres et la représentation des citoyens de façon dégressivement proportionnelle, avec un seuil maximum de quatre-vingt-seize sièges et minimum de six sièges par État membre, ne réalise pas tout à fait le principe de la légitimation démocratique, le système étant plutôt le résultat d'un compromis entre le principe international d'égalité entre États et le principe interne d'égalité de suffrage des citoyens (*sub* C. II, points 284 ss.).

<sup>102</sup> L'adhésion aux Communautés européennes en 1986 a été autorisée par la loi organique n° 10 du 2 août 1985.



Nous nous concentrerons sur la *declaración* DTC 1/2004 du 13 décembre 2004, prononcée par le *plenum* du Tribunal constitutionnel<sup>103</sup>, car c'est de cette décision, indépendamment du cas d'espèce (compatibilité du traité de 2004, établissant une constitution pour l'Europe, avec la constitution espagnole), que se dégagent d'une manière analytique les lignes essentielles de la jurisprudence sur le phénomène de l'intégration européenne.

Le Tribunal examine tout d'abord la procédure selon l'article 95, al. 2, de la constitution, qui peut être activée par le Gouvernement ou par l'une des Chambres s'il y a des doutes de constitutionnalité sur les clauses d'un traité international. Cette procédure aboutit à une décision judiciaire, non pas à un simple avis juridique, car elle est prise par le Tribunal dans l'exercice de son activité juridictionnelle, à la lumière de normes juridiques constitutionnelles.

La procédure en question, étant donné son caractère préventif (avant la ratification), permet de résoudre d'avance (révision constitutionnelle ou renégociation au niveau international) des incompatibilités éventuelles entre la constitution, « norme suprême », et un traité, en évitant donc les effets négatifs, sur les relations internationales, d'une déclaration d'incompatibilité successive à la ratification (*fundamentos jurídicos*, point 1).

Ceci dit, le juge analyse l'article 93 de la constitution, c'est-à-dire la clause d'intégration au sens le plus complet du terme, non seulement en tant que « precepto de indole organico procedimental », comme le Tribunal l'avait définie dans sa *declaración* DTC 1/1992 sur le traité de Maastricht<sup>104</sup>, mais aussi en tant que règle ayant une « dimensión sustantiva », car elle constitue le « soporte constitucional básico de la integración » de l'ordre juridique espagnol avec d'autres ordres juridiques.

Cependant - poursuit le juge - le transfert de compétences à l'Union européenne et les implications qui en résultent, légitimées par l'article 93, ne sont pas inconditionnés. Ils impliquent nécessairement une limite infranchissable en ce qui concerne le respect des « principios y valores básicos » de l'État de droit, social et démocratique, tel que l'État espagnol. Et le juge n'hésite pas à énoncer ces limites, « découlant implicitement de la constitution », en les identifiant dans le respect: *a)* de la souveraineté de l'État; *b)* des structures constitutionnelles fondamentales; *c)* du système de valeurs et principes fondamentaux reconnus dans la constitution, notamment des droits fondamentaux (*fundamentos jurídicos*, point 2).

---

<sup>103</sup> V. *Boletín oficial del Estado* n° 3, 4 janvier 2005.

<sup>104</sup> Du 1<sup>er</sup> juillet 1992, *B.O.E.*, 24 juillet 1992. À l'époque le Tribunal constitutionnel, appelé à se prononcer, aux termes de l'article 95, al. 2, sur la compatibilité de l'article 8 B, al. 1, du traité CE (droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État de résidence) avec l'article 13, al. 2, de la constitution, en avait déclaré la non compatibilité (extension du droit de suffrage passif aux non ressortissants) et, donc, la nécessité d'une révision préalable de la constitution.

Le juge examine ensuite un autre problème épineux qui concerne la primauté du droit communautaire, y compris le droit dérivé, et sa compatibilité avec la suprématie hiérarchique de la constitution aux termes de l'article 9, al. 1.

Après avoir rappelé la clause du traité de 2004 sur le respect de l'identité nationale des États membres et de leurs structures constitutionnelles fondamentales (art. I-5, al. 1), ainsi que la clause sur les valeurs identitaires de l'Union, communes aux États membres (art. I-2), en tant que moyen pour équilibrer l'autre clause sur la primauté du droit communautaire (art. I-6), objectif également garanti par les principes d'attribution des compétences, de subsidiarité et de proportionnalité (art. I-11) (*fundamentos jurídicos*, point 3), le Tribunal constitutionnel espagnol fait la distinction entre suprématie et primauté. Il s'agit, d'après le juge, de deux « categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados », la première impliquant la supériorité hiérarchique de la norme, la deuxième, en revanche, seulement une différenciation de champs d'application.

Bien que la suprématie, en principe, implique également la primauté, rien n'empêche que la norme hiérarchiquement supérieure accepte la primauté d'une autre règle. Tel est le cas de l'Espagne, dont la constitution reconnaît, en vertu de l'article 93, la primauté du droit communautaire dans son champ d'attribution, d'après la délimitation des compétences établie par les traités communautaires.

Le juge rappelle enfin que la jurisprudence constitutionnelle espagnole a reconnu, dès le début, la primauté du droit communautaire sur le droit interne et son applicabilité directe, et cite plusieurs décisions<sup>105</sup> en syntonie parfaite avec la jurisprudence énoncée par la Cour de justice dès les arrêts *Van Gend en Loos* de 1963 et *Costa c. ENEL* de 1964 (*fundamentos jurídicos*, point 4).

D'ailleurs - le juge tient à le souligner - l'hypothèse d'un conflit insoluble avec la constitution espagnole est un « caso difícilmente concebible », en d'autres termes, une pure hypothèse d'école, qui pourrait aboutir, comme *extrema ratio*, au retrait volontaire de l'Union européenne (*fundamentos jurídicos*, fin point 4).

En ce qui concerne un dernier aspect soumis à son attention, à savoir les difficultés d'interprétation aujourd'hui possibles à cause du constitutionnalisme à plusieurs niveaux (constitutions nationales, convention européenne des droits de

---

<sup>105</sup> V. STC 28/1991 du 14 février 1991, *fundamentos jurídicos*, point 6, B.O.E. n° 64, 15 mars 1991; STC 64/1991 du 22 mars 1991, *fundamentos jurídicos*, point 4a, B.O.E. n° 98, 24 mars 1991; STC 130/1995 du 11 septembre 1995, *fundamentos jurídicos*, point 4, B.O.E. n° 246, 14 octobre 1995; STC 120/1998 du 15 juin 1998, *fundamentos jurídicos*, point 4, B.O.E. n° 170, 17 juillet 1998; STC 58/2004 du 19 avril 2004, *fundamentos jurídicos*, point 10, B.O.E. n° 120, 18 mai 2004. Dans ces décisions, dont la première prononcée à la suite d'un recours « *de amparo* », le Tribunal constitutionnel énonce, en les confirmant, les lignes principales de sa jurisprudence en la matière, à savoir la primauté du droit communautaire, aussi bien conventionnel que dérivé, son applicabilité directe, sa valeur infraconstitutionnelle, le pouvoir-devoir du juge ordinaire - et non constitutionnel - d'en assurer la primauté sur le droit interne incompatible, le caractère opposable dans l'ordre interne des droits reconnus aux individus, la présence d'organes propres de garantie dans l'ordre communautaire.

l'homme, charte des droits fondamentaux de l'Union européenne), le Tribunal constitutionnel espagnol relève qu'il faudra à chaque fois résoudre les problèmes à la lumière du cas concret (contrôle *a posteriori* de constitutionnalité), en ne sous-estimant pas l'importance d'un « diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas... para la interpretación auténtica de los convenios internacionales », selon l'esprit de l'article 10, al. 2, de la constitution (*fundamentos jurídicos*, points 5 et 6).

À la lumière de ce qui précède le Tribunal constitutionnel déclare, en l'espèce, la compatibilité des clauses du traité avec la constitution espagnole, et il indique dans l'article 93 le fondement de légitimation « suficiente » pour sa ratification, d'où la non nécessité d'une révision préalable de la constitution.

### Remarques finales

Il ressort de la jurisprudence des Cours constitutionnelles que ces dernières, tout en reconnaissant le phénomène communautaire et les limites à la souveraineté nationale qu'il implique, énoncent, bien qu'avec des nuances différentes, la contre-limite du respect des principes suprêmes du système constitutionnel interne, en d'autres termes, du respect de l'identité nationale.

Il y a lieu tout d'abord de préciser que ces deux aspects ne sont pas inconciliables au sein d'une Union européenne qui repose sur des principes fondamentaux et des traditions constitutionnelles communes, et qui vise à la construction d'une communauté intégrée certainement du point de vue économique, social et politique, mais dans le respect des différences identitaires, comme par ailleurs les traités le soulignent.

Au moins en théorie, l'énonciation de la contre-limite du respect du bagage identitaire, *alias* « principes suprêmes », contre un développement imprévu du phénomène communautaire, est une simple hypothèse d'école, dont la réalisation est fort improbable, comme les Cours constitutionnelles elles-mêmes le reconnaissent de façon plus au moins explicite et comme la réalité l'a jusqu'à aujourd'hui confirmé. Le respect des rôles et des compétences respectives - et une pratique raisonnablement conforme dans l'interprétation du droit d'un côté et de l'autre (au niveau communautaire et au niveau national) - peuvent à l'avenir également éviter des positions inconciliables, même dans une perspective d'intégration politique accentuée.

Le véritable problème réside dans le déficit de pénétration de l'esprit et de la culture européeniste parmi les peuples et dans la myopie des États membres lesquels, afin de sauvegarder leurs prérogatives souveraines, ne font rien pour encourager une réelle participation des citoyens et glissent parfois vers des positions nationalistes anachroniques.

Cela explique les échecs des référendums de 2005 en France et en Hollande et du premier référendum de juin 2008 en Irlande<sup>106</sup>, ainsi que la diffusion de positions eurosceptiques ou, au moins, d'indifférence envers les développements du processus d'intégration européenne, auquel l'entrée en vigueur même du traité de Lisbonne (1<sup>er</sup> décembre 2009) ne paraît avoir imprimé aucun élan, étant donné le début décevant de cette nouvelle étape de l'Union européenne.

Il est indispensable que les États membres de l'Union européenne se rendent compte du fait que dans une société mondialisée - au sein de laquelle les colosses asiatiques s'imposeront bientôt avec tout leur poids non seulement économique, mais politique aussi, en s'ajoutant à l'interlocuteur traditionnel, les États-Unis - ce n'est qu'une Union européenne intégrée politiquement et parlant d'une seule voix sur la scène mondiale qui pourra permettre à l'Europe de jouer à nouveau un rôle dans la politique internationale. Aucun État européen, bien qu'économiquement et culturellement développé et politiquement influent, ne peut nourrir l'illusion de jouer tout seul un rôle efficace.

Une politique qui manque de cohésion non seulement nuit à l'image de l'Europe, mais enlève tout poids et toute chance de succès à des positions autonomes, comme l'expérience de la dernière décennie l'a confirmé (il suffit de penser à la politique des États-Unis sous la présidence de M. Bush et, en particulier, à la crise de l'Iraq), ce qui a valu à l'Union européenne la qualification d'« un géant économique, mais un nain politique ».

L'intégration politique de l'Europe, qu'elle entraîne l'adoption d'une constitution formelle ou bien qu'elle se réalise par un processus sur le modèle du constitutionnalisme à l'anglaise, est nécessaire. Mais, pour que cela se produise, il est indispensable - soulignons le encore une fois - d'engager parmi les citoyens européens une « *intégration des esprits* ». Dans ce but le Parlement européen et la Cour de justice elle-même, en tant que lieux privilégiés de l'intégration européenne, peuvent activement contribuer ou suppléer, le cas échéant, à une défaillance des États et des parlements nationaux.

Si une telle culture parvient à se frayer un chemin et si les citoyens arrivent à se sentir membres à part entière d'une société plus large par rapport à celle étatique, dont ils connaissent également les avantages *uti singuli*, les États les plus eurosceptiques aussi seront contraints à se conformer. Non seulement, mais il y aura une influence positive sur le dialogue qui doit se nouer entre la Cour européenne de justice et les Cours constitutionnelles nationales, pour neutraliser dès la naissance, par la voie de l'interprétation, des conflits possibles entre ordres juridiques.

En partant de ces fondements, l'intégration européenne à tous les niveaux, *in primis* au niveau politique, pourra se réaliser sur des bases solides et il sera possi-

---

<sup>106</sup> Le deuxième référendum du 2 octobre 2009 a eu, au contraire, une issue positive (67, 1% des voix pour), en ouvrant le chemin à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

ble d'aboutir à une véritable Constitution européenne, écrite ou non, qui consacre enfin la naissance des « États-Unis d'Europe » selon un modèle fédéral plus au moins original.



Marc Dandelot\*

## DROITS FONDAMENTAUX LE NIVEAU NATIONAL ET LE NIVEAU EUROPÉEN

SOMMAIRE: Introduction – § 1. Le recouvrement des normes en matière de droits fondamentaux et les conditions de leur opposabilité – A. La Constitution – B. Les conventions internationales et le droit européen – C. Redondance ou complémentarité des droits? – § 2. La combinaison des procédures pour la protection des droits – § 3. Pistes finales de réflexion – A. Autorité juridique et autorité morale pour la protection des droits – B. Droits fondamentaux: facteur d’homogénéité ou de fragmentation de l’espace européen?

### Introduction

On ne saurait énumérer ce que les arts les plus variés doivent à la ville de Naples. Rien d’étonnant, donc, à ce que la recette de ce sommet de l’art culinaire, le « mille feuilles », soit d’origine napolitaine. Je parle bien de ce délicieux gâteau fait d’une superposition de lamelles en pâte feuilletée, fourrée de crème pâtissière. Que vient faire, me direz-vous, cette référence pâtissière dans le débat qui nous réunit aujourd’hui? Eh bien, c’est une image qui m’est venue lorsque j’ai commencé à réfléchir aux droits fondamentaux comme thème du « constitutionnalisme à plusieurs niveaux » : une superposition de strates remarquablement identiques, excitant la gourmandise de nos contemporains avides de justice.

Ce qui est fondamental devrait être simple et limpide, mais on ne saurait en dire autant des droits « fondamentaux ».

Ceux-ci se trouvent, par nature, au sommet de la hiérarchie des sources du droit, en tous cas ceux qui ont le caractère de droits subjectifs. Traditionnellement, leur énoncé - ou leur rappel - est l’objet des préambules de nos constitutions nationales. Je dis « rappel » car étant inhérents à la qualité d’homme, le premier paradoxe de ces droits fondamentaux, tant énoncés de nos jours, est qu’ils n’ont pas besoin d’être écrits pour être appliqués par le juge<sup>1</sup>. Cela étant, l’éventail des droits fondamentaux s’est aujourd’hui élargi bien au delà des droits subjectifs. On a tendance à

---

\* Marc Dandelot, conseiller d’État.

<sup>1</sup> Conseil d’État, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* (respect de la dignité de la personne humaine).

donner le qualificatif de « droit fondamental » à des notions qui n'ont plus rien à voir avec les « droits de l'homme ».

Deuxième facteur de brouillage: nos constitutions n'ont plus l'exclusivité de la proclamation de ces droits. Le développement des organisations internationales, depuis un siècle, s'est traduit par une multiplication des actes, pris sous des formes juridiques diverses, énonçant des droits fondamentaux. Comme ces véhicules du droit international ont une autorité qui leur est supérieure, nos lois se trouvent ainsi soumises à une double hiérarchie, une superposition qui semble faire doublon.

Le doublon n'existe pas seulement entre le niveau national et le niveau international. Il existe de plus en plus au sein du niveau international. La sphère internationale est désormais un empilage de strates, d'où l'effet « mille feuilles » que je viens d'évoquer.

Cause ou conséquence de cette multiplication, la revendication exacerbée des droits fondamentaux par les individus est une caractéristique des temps présents. L'homme étant par nature insatisfait, l'affirmation répétée, sinon orchestrée, des droits les plus divers a l'effet paradoxal de faire ressentir à un nombre croissant de personnes que ces droits sont méconnus, en tous cas en ce qui les concerne. Les droits fondamentaux sont devenus le fondement d'un « droit à la différence », et toute atteinte à un droit est ressentie comme une discrimination, et contestée comme telle devant le juge. De ce fait, les juridictions sont de plus en plus sollicitées à propos des droits fondamentaux, lesquels, par voie de conséquence, alimentent de façon continue les développements de la jurisprudence.

Dans l'activité quotidienne du juge, le maniement des droits fondamentaux tend à devenir une routine, ce qui n'enlève évidemment rien à la noblesse de la cause.

## **§ 1. Le recouvrement des normes en matière de droits fondamentaux et les conditions de leur opposabilité**

### **A. La Constitution**

Par nature, les droits fondamentaux ont une valeur constitutionnelle. Leur proclamation est en même temps le socle de tout édifice de nature constitutionnelle, et peut être vue comme la condition nécessaire de la construction de l'édifice. Pour paraphraser une expression célèbre de notre déclaration de 1789, « toute institution politique qui n'a pas de déclaration des droits fondamentaux n'a pas de constitution ». Il n'est donc pas étonnant que les opposants à la supranationalité représentée par la défunte « constitution » européenne s'en soient pris à la déclaration des droits: celle-ci n'a jamais été contestée eu égard à son contenu, mais parce qu'elle donnait une légitimité à une construction institutionnelle contestée.



Arrêtons-nous un instant à la structure de la Constitution française.

Le préambule est désormais un texte composite, qui comprend trois sous-ensembles, reflétant les évolutions de nos sociétés en matière de droits fondamentaux:

- la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui correspond bien à ce que je viens de dire: c'est de cette déclaration que procèdent les institutions démocratiques de la France;
- le préambule de 1946 y ajoutant, « comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux »;
- la charte de l'environnement de 2004.

La diversité croissante des droits concernés a pu faire hésiter quant à la portée juridique de certains d'entre eux.

S'il est désormais admis que toutes les dispositions du préambule ont la même valeur constitutionnelle<sup>2</sup>, il ne faut pas oublier que ce fut une construction très progressive de la jurisprudence par le Conseil constitutionnel<sup>3</sup>. À plusieurs reprises, le Conseil d'État avait pu juger que certains droits étaient exprimés en termes trop vagues pour être directement invoqués à l'encontre d'un acte administratif, par exemple le droit à l'emploi<sup>4</sup>. Lorsqu'il s'agit des libertés publiques, la consistance des droits en cause est plus facile à matérialiser. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a ajouté à la lettre du préambule les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, avec pour exemple fameux la liberté d'association<sup>5</sup>. Mais lorsqu'il s'agit de droits économiques et sociaux formulés en termes excessivement généraux, le Conseil constitutionnel peut tout juste vérifier l'adéquation entre un tel principe et la finalité de la loi. Et que veut dire le droit « de vivre dans un environnement équilibré » énoncé par l'article 1<sup>er</sup> de la charte de l'environnement?

L'expérience montre, en tous cas, qu'il faut se garder de tout jugement trop rapide quant à la portée juridique des textes « proclamatoires »: ils peuvent longtemps rester sans effet apparent, et un jour être saisis par un juge pour fonder une jurisprudence.

---

<sup>2</sup> Conseil d'État, 3 octobre 2008, *Commune d'Anney* (à propos des droits et devoirs de la Charte de l'environnement).

<sup>3</sup> LUCHAIRE F., *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Paris, Economica, 1987, p. 17 s.

<sup>4</sup> Conseil d'État, 28 décembre 2005, *Préfet de la Haute-Savoie*.

<sup>5</sup> Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, 44 DC.

## B. Les conventions internationales et le droit européen

Du point de vue des particuliers, les conventions internationales ne peuvent être utilement invoquées pour la défense des droits que si elles ont un effet direct en droit interne.

Et nous avons en cette matière une situation des plus variées, qu'il s'agisse des conventions générales ou spéciales, universelles ou continentales.

Peut-être la plus connue, la déclaration universelle des droits de l'homme, est la moins utile, car ayant fait l'objet d'une simple publication au journal officiel de la République française le 19 février 1949, sans avoir été ratifiée par une loi, elle n'a pas acquis autorité en droit interne français<sup>6</sup>. En revanche, le pacte international pour les droits civils et politiques a fait l'objet d'une loi de ratification du 25 juin 1980. Il est opposable en droit interne, mais cela dépend des stipulations. Certaines, comme le « droit à la vie », sont d'effet direct<sup>7</sup>, tandis que certains droits, comme le « droit à la santé physique et mentale » énoncé à son article 12, n'ont d'effet qu'entre les parties<sup>8</sup>.

Plusieurs conventions universelles spécialisées méritent une mention particulière, car elles sont désormais des références dans leur domaine, et font l'objet d'une jurisprudence abondante.

Tel est le cas des huit conventions « fondamentales » de l'Organisation internationale du travail (OIT), référence de base pour le droit du travail et le droit syndical. En revanche, certains actes purement déclaratoires, comme la « déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable », sont dépourvus d'effets juridiques.

Pour le droit des enfants, joue un rôle important la convention de New York du 20 novembre 1989. C'est sur elle que s'est appuyé le Conseil d'État pour juger illégale la mise à l'isolement des mineurs<sup>9</sup>.

S'agissant des conventions propres au continent européen, nous constatons aussi une combinaison de textes généraux et de textes spécialisés.

La convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales est certainement le texte le plus populaire, et qui a le plus contribué à façonner la jurisprudence au cours des vingt dernières années. À l'évidence, la CEDH a tout de suite été la convention la plus systématiquement invoquée lorsque la Cour de cassation et le Conseil d'État ont accepté le contrôle de la « conventionnalité » des lois. Au surplus, cette convention mettait l'accent sur certains droits de procédure juridictionnelle auxquelles les juridictions nationales ont été très sensibles. Citons le

---

<sup>6</sup> Conseil d'État, 11 mai 1960, *Car*.

<sup>7</sup> Conseil d'État, 21 décembre 1990, *Confédération des associations familiales catholiques et autres*.

<sup>8</sup> Conseil d'État, 26 septembre 2005, *Association « Collectif contre l'handiphobie »*.

<sup>9</sup> Conseil d'État, 31 octobre 2008, *Section française de l'observatoire des prisons*.

droit au procès équitable (article 6), le principe de légalité des peines et des sanctions (article 7), le droit au recours effectif (article 13). Ces principes, tels qu'interprétés par la Cour de Strasbourg, nous ont amenés à revisiter nos règles et procédures, que nous pensions, par routine, au niveau des normes démocratiques, et qui ne l'étaient pas complètement. Le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8) s'est avéré très important pour le droit des étrangers. À la convention s'ajoutent ses protocoles additionnels, et notamment le premier protocole et son article 1, § 1, relatif au droit de propriété.

La CEDH a sans doute aussi dû sa primauté au fait que le droit primaire de l'Union européenne était économique et commercial. Certes, cette carence n'a pas empêché la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes de reconnaître, au titre des « principes généraux », les droits fondamentaux comme constitutif du droit communautaire<sup>10</sup>. Quant au droit dérivé, il est de plus en plus nourri de protection des droits (égalité hommes-femmes, non discrimination, droits économiques et sociaux, *etc.*). La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 comble désormais<sup>11</sup> le manque des traités initiaux. Elle a été initialement conçue comme le pilier d'une Constitution européenne, donc du fameux « constitutionalisme à plusieurs niveaux »<sup>12</sup>. La constitution a été remplacée par le traité de Lisbonne, qui lui reconnaît la même valeur juridique que les traités. Cette apparente diminution de qualité, si elle peut décevoir les « fédéralistes », n'aura aucun effet sur sa portée juridique. Il sera, en revanche, intéressant de voir comment cette Charte se « positionne » par rapport à sa grande sœur la CEDH, surtout quand l'Union européenne aura elle-même adhéré à la CEDH, adhésion dont le processus est en préparation. On peut penser que pour la partie qui la recouvre, elle sera de peu de valeur ajoutée. En revanche, elle inclut des concepts plus récents et elle est beaucoup plus complète.

À ces textes généraux s'ajoutent aussi, au plan européen, des textes spécialisés dont la portée juridique est variable. La plupart des stipulations de la Charte sociale européenne a été jugée dépourvue d'effet direct en droit interne français<sup>13</sup>. En matière environnementale, la convention d'Aarhus énonce des droits fondamentaux, qui ont largement inspiré la Charte de l'environnement, mais l'effet direct n'est reconnu qu'à certaines de ses stipulations. On arrive en la matière à des raffi-

---

<sup>10</sup> CJCE, 9 octobre 2001, C377-98: « Il appartient à la Cour, dans son contrôle de la conformité des actes des institutions aux principes généraux du droit communautaire, de veiller au respect du droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne ».

<sup>11</sup> La Charte est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009.

<sup>12</sup> PERNICE I., KANTZ R., *Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe*, White paper Humboldt University Berlin, März 2004.

<sup>13</sup> Conseil d'État, 20 avril 1984, *Ministre délégué chargé du budget*.

nements difficiles à comprendre. Ainsi le § 2 de l'article 6 de la convention d'Aarhus est-il d'effet direct, mais pas le § 4<sup>14</sup>.

### C. Redondance ou complémentarité des droits ?

La question immédiate qui se pose, devant cet empilement de déclarations des droits, est de savoir dans quelle mesure elles recouvrent les mêmes droits ou sont complémentaires.

Il est d'abord incontestable que la conception même des droits évolue dans le temps. Les chartes les plus récentes sont donc complémentaires pour l'expression de droits nouveaux.

À l'évidence, les conceptions philosophiques, donc juridiques, évoluent, et un texte rédigé en 1789 ne dit pas la même chose qu'un texte rédigé à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle. Un exemple particulièrement frappant pourrait être tiré de la peine de mort, qui n'est interdite ni par la CEDH ni par le PIDCP, mais par des protocoles ultérieurs à ces conventions, alors que cette interdiction est édictée dès l'article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Mais les droits les plus fondamentaux sont universels, dans le temps et l'espace, ils constituent un « standard ». Les textes les plus récents ne peuvent que les rappeler, et cela d'autant plus que le sens des textes anciens peut s'adapter à une lecture nouvelle. Ainsi, une comparaison littérale des textes ignorerait la très grande capacité de la jurisprudence à faire évoluer le sens des principes énoncés par les préambules. Les exemples abondent.

Le droit au recours effectif, qui fait l'objet de l'article 13 de la CEDH, existe tout autant en droit constitutionnel français, et le Conseil constitutionnel l'a tiré de l'article 16 de la déclaration des droits de 1789, dont les termes sont si vagues qu'ils ont dû être sollicités : « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »<sup>15</sup>.

De son côté, la CEDH n'a pas eu besoin que soit écrit le principe de proportionnalité des peines pour en faire le pilier de la matière pénale et du procès équitable. En dépit des termes de la convention, on note une nette évolution de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question de la peine de mort. Initiées par l'arrêt *Soering c/Royaume Uni*<sup>16</sup>, les réserves de la Cour de Strasbourg ont été accentuées par l'arrêt en grande chambre *Öcalan c/Turquie*<sup>17</sup>, au point que les commenta-

---

<sup>14</sup> Conseil d'État, 27 novembre 2006, *Collectif pour la protection des riverains de l'autoroute A184*; 12 janvier 2009, *France Nature Environnement*.

<sup>15</sup> Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, 248 DC.

<sup>16</sup> CDH, 7 juillet 1989.

<sup>17</sup> CDH, 12 mai 2005.

teurs ont pu écrire que cet arrêt « laisse augurer une prochaine prise de position dans le sens de l'inconventionnalité de la peine de mort ».

Parmi les originalités propres à l'espace européen, je mentionnerai la portée de la règle *ne bis in idem*. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg veut que cette règle ne joue qu'à l'intérieur d'un État, mais pas entre États<sup>18</sup>. Or cette conception n'est guère en harmonie avec la notion d'espace européen unifié. C'est pourquoi la Charte de l'Union européenne l'étend, par son article 50, à l'intérieur de l'Union. C'est une avancée très intéressante de la Charte, et propre à l'Union européenne. La CDH pourra-t-elle maintenir sa jurisprudence et rester ainsi en retrait sur un principe aussi essentiel, ou bien, émulée par l'audace créatrice de la jeune sœur, se ralliera-t-elle ?

En définitive, le statut des droits n'est pas identique à un moment donné, mais cette différence crée une émulation, qui alimente un processus de convergence.

## § 2. La combinaison des procédures pour la protection des droits

Un droit n'a de consistance que si sa méconnaissance peut être sanctionnée par un juge. C'est d'ailleurs le principe même du droit au recours. L'existence de plusieurs niveaux, pour les mêmes droits, est une grande originalité de l'espace européen.

La procédure CEDH n'interfère pas, par définition, avec les procédures juridictionnelles des États, puisqu'il s'agit d'une procédure interétatique, après épuisement des voies de recours interne, ce qui ne veut pas dire (cf. *infra*) qu'elle ne l'influence pas. Au sein de l'Union européenne, nous avons en revanche un espace juridictionnel intégré.

Les droits fondamentaux, par nature de valeur constitutionnelle, s'imposent à toutes les normes de niveau inférieur. Mais la sanction de cette supériorité ne se fait pas de la même façon selon la nature de la norme. La sanction a toujours été possible s'agissant des actes administratifs. En revanche, s'agissant des lois, elle ne peut s'opérer que dans les limites du contrôle possible. En France, le fait d'avoir réservé le contrôle de constitutionnalité aux seules lois votées, avant leur promulgation, a laissé le champ libre aux conventions internationales comme gardiennes des droits fondamentaux. Il en est résulté un effacement paradoxal de la Constitution dans la dynamique de ces droits.

La révision de la Constitution française entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010 tend à pallier ce déficit. Aux termes du nouvel article 61-1: « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition lé-

---

<sup>18</sup> CDH, 20 mai 1994, *EGM c/Luxembourg*.

gislative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

Il ne s'agit pas d'un mécanisme classique de question préjudicielle. Le renvoi est filtré par les cours suprêmes des deux ordres de juridiction (Cour de cassation et Conseil d'État). En contrepartie, selon la loi organique prise pour l'application de l'article 61-1, la question est dite « prioritaire » (QPC). Elle doit donc être examinée par le juge avant tous les autres moyens, notamment ceux tirés du droit international.

Cette nouvelle « QPC » a eu un succès immédiat, car du fait de l'impossibilité d'un contrôle de constitutionnalité sur les lois promulguées, de nombreuses lois anciennes, mais toujours en vigueur, pouvaient poser problème au regard des droits fondamentaux dans leur acception contemporaine.

La complexité du dispositif ne doit pas être sous-estimée. Que doit faire le juge lorsque le même principe est invoqué à différents niveaux? Le cas n'est nullement théorique, il se pose déjà assez fréquemment, car les requérants ont tendance à faire feu de tous bois.

Exemple n° 1<sup>19</sup>: le principe de nécessité et de proportionnalité des peines est invoqué dans un litige: *a)* au titre de la Constitution, *b)* au titre de l'article 6, § 1, de la CEDH, *c)* au titre des principes fondamentaux du droit communautaire, désormais repris par la Charte de l'Union.

Exemple n° 2<sup>20</sup>: à l'encontre d'une norme environnementale, est invoquée: *a)* la méconnaissance de la Charte de l'environnement, *b)* la violation de l'article 6, § 2, de la convention d'Aarhus, qui est d'effet direct, *c)* la méconnaissance de la directive qui a mis en œuvre cette convention en droit communautaire.

Si le principe est invoqué contre un décret, le schéma est simple, sous une réserve: si le décret est un texte d'application d'une directive inconditionnelle, le moyen est en réalité dirigé contre la directive, et il faudra alors faire jouer la jurisprudence « *Arcelor* »<sup>21</sup>. Cette jurisprudence oblige, dans un cas de ce genre, le juge à rechercher si les principes, dont la méconnaissance est invoquée, sont les mêmes en droit national et en droit communautaire et, si oui, répondre d'abord au regard du droit communautaire, notamment par voie de question préjudicielle. Les commentaires qui ont accompagné la décision « *Arcelor* » ont reconnu que, pour l'essentiel, ces principes étaient les mêmes.

<sup>19</sup> Conseil d'État, 30 novembre 2007, *Société Sideme*.

<sup>20</sup> Conseil d'État, 12 janvier 2009, *France Nature Environnement*.

<sup>21</sup> Conseil d'État, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique*.

Si c'est une loi qui est contestée par voie d'exception, alors la conformité à la Constitution ne peut être mise en cause que *via* la procédure « QPC ». Dans l'hypothèse où la loi elle-même aurait été prise pour l'application d'une directive inconditionnelle, il me semble - mais c'est une question qui ne s'est encore jamais posée - que la question préjudicielle devrait opportunément être soulevée avant toute « QPC », car la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne lui permet le contrôle d'une telle loi que dans une mesure très limitée<sup>22</sup>.

Finalement, après l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, le CJCE prendra parti sur la conformité avec cette convention des directives européennes, décidant ainsi du sort, au regard de la CEDH, des textes de droit national en ayant fait une transposition inconditionnelle.

La nouvelle procédure « QPC » aura pour effet qu'en cas de violation d'un droit fondamental, cette violation sera censurée sur le fondement de la Constitution avant examen de tout autre norme. En ce sens, cela renforce effectivement le rôle de la Constitution dans la défense des droits fondamentaux. Mais ce privilège d'être examinée en premier n'est pas sans contrepartie, car le fait de statuer en premier est-il un avantage? Pas forcément. En cas de dualité de droit invoqué, le juge qui prend position le premier, certes a une primauté dans le temps, mais s'expose au risque d'être démenti. C'est ce qui est arrivé, par exemple, au Conseil d'État avec le « contrat nouvelles embauches »<sup>23</sup>. Bien que la conformité au droit international de l'ordonnance instituant ce contrat ait été affirmée par le Conseil d'État, les instances de l'OIT en ont jugé autrement, ce qui a conduit la Cour de cassation à prendre une position différente de celle du Conseil d'État.

En donnant la priorité au droit constitutionnel avec la « QPC », on l'a exposé à être démenti par le droit européen. Ce ne serait pas, juridiquement parlant, une remise en cause, car chaque juridiction se prononce dans une sphère du droit différent, mais ce serait une condamnation morale. Le risque est d'autant plus réel que le terrain des droits fondamentaux est propice à la surenchère.

Quant au requérant, il a devant lui un choix tactique qui peut faire le délice des conseillers juridiques: la plupart des droits fondamentaux étant à la fois d'origine constitutionnelle et conventionnelle, le requérant a le choix du terrain sur lequel il veut se placer, qui déterminera le juge de la cause. À tort ou à raison, il se fera - ou croira se faire - une idée du juge qui a la plus de chance de lui donner raison.

---

<sup>22</sup> Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, 540 DC.

<sup>23</sup> Conseil d'État, 19 octobre 2005, *Confédération Général du Travail*.

### § 3. Pistes finales de réflexion

Je voudrais à ce titre évoquer deux sujets.

#### A. Autorité juridique et autorité morale pour la protection des droits

L'espace européen, en matière de droits fondamentaux, est désormais dual: un espace juridiquement intégré (l'Union européenne) et un espace interétatique, la CEDH. Le contraste est donc grand, en théorie, au regard de la chose jugée, entre les arrêts de la CDH et ceux de la CJCE.

Les décisions de la CJCE ont l'autorité absolue de la chose jugée, aussi bien s'agissant de la validité d'un acte communautaire que de l'interprétation du droit communautaire à l'occasion d'une question préjudicielle<sup>24</sup>. S'agissant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, l'article 53 de la convention énonce que « les hautes parties contractantes s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ». La décision n'a donc force obligatoire qu'entre les parties et, en théorie, elle n'emporte aucune obligation à l'égard d'une juridiction nationale.

Pourtant l'exemple de l'évolution de la jurisprudence nationale montre non seulement que ce qui est jugé par la CDH est appliqué par les juridictions françaises, mais que l'anticipation de ce que pourrait juger la CDH est un facteur décisif dans l'appréciation des juges.

La relative faiblesse juridique des arrêts de la CDH, loin d'avoir affaibli son autorité, semble au contraire l'avoir conforté. Pourquoi? Parce que la CDH a acquis une autorité morale. Celle-ci tient d'abord à sa spécialisation, comme l'OIT en matière de droit du travail: elle est La référence. De ce fait, n'étant pas juge que des affaires qu'on lui soumet, la Cour de Strasbourg s'est positionnée en « juge des juges ». Juge moral certes, mais ce n'est pas rien. Le pire des opprobres, pour un juge national, est d'être épinglé par la Cour de Strasbourg au titre de la notion de « procès équitable », car c'est la légitimité même de sa mission - rendre la justice - qui est en cause. C'est, évidemment, beaucoup plus grave que d'être démenti sur la libre circulation des marchandises.

Or, en matière de droits fondamentaux, l'autorité morale est d'autant plus importante que le sujet repose sur des fondements éthiques évidents.

---

<sup>24</sup> CJCE, 23 octobre 2003, C-56/01.



## B. Droits fondamentaux: facteur d'homogénéité ou de fragmentation de l'espace européen ?

En apparence, le sujet des droits fondamentaux paraît le type même du sujet consensuel, l'Europe reconnaissant son identité autour des mêmes conceptions en la matière. C'est vrai, mais pas entièrement.

L'élargissement de l'espace européen crée par lui-même risque de fragmentation, non dénué de risques réels. Les 27 pays de l'Union sont-ils au même niveau en matière de droits fondamentaux? D'ores et déjà certaines cours constitutionnelles nationales ont répondu par la négative, à propos du droit d'asile. On sait que le règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003, dit « Dublin II », modifié le 22 octobre 2008, permet à un État membre de renvoyer dans l'État membre d'accueil un étranger pour que sa demande d'asile y soit examinée. Or, à la suite d'une condamnation de la Grèce par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>25</sup>, pour violation de l'article 3 interdisant les traitements dégradants, de l'article 5, § 1 sur le droit à la liberté et § 4 sur le droit à un recours en situation de détention, les juridictions de plusieurs pays ont suspendu les renvois des demandeurs d'asile vers la Grèce, notamment l'Allemagne, par décision de la Cour constitutionnelle fédérale<sup>26</sup>, et la Belgique<sup>27</sup>. Pour l'instant, les juridictions françaises n'ont pas pris une telle décision, la Grèce ayant montré certains signes de changement, mais on peut s'attendre, en l'absence de résultat, à une position du même ordre<sup>28</sup>.

Les optimistes penseront que le temps conduira à une convergence en la matière. Mais tant que cela ne sera pas le cas, il y a un risque à ce que le droit communautaire corresponde à la « moyenne » des États membres, ce qui n'est moralement pas idéal en matière de droits fondamentaux.

À cela s'ajoute un autre risque, plus permanent.

Certains droits fondamentaux touchent à des questions éthiques propres à l'identité nationale. Et la Cour de Luxembourg a toujours été assez prudente dans le respect de ces valeurs. Ainsi, à l'égard de la protection des mineurs au sujet d'une réglementation interdisant la vente par correspondance des vidéogrammes<sup>29</sup>:

« Il convient de relever qu'il n'est pas indispensable que les mesures restrictives édictées par les autorités d'un État membre pour protéger les droits de l'enfant, visées aux points 39 à 42 du présent arrêt, correspondent à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne le niveau et les modalités de cette

<sup>25</sup> CDH, 11 juin 2009, *S.D. c/ Grèce*, n° 53541/07.

<sup>26</sup> 8 septembre 2009 (2 BvQ 56/09).

<sup>27</sup> Conseil du contentieux des étrangers, 10 avril 2009, n° 25.962, dans l'affaire 39.959/V<sup>e</sup> chambre.

<sup>28</sup> Conseil d'État, 17 mars 2010, *Larkhavi*, conclusions de Gaëlle Dumortier.

<sup>29</sup> CJCE, 14 février 2008, C-244-06.

protection... Cette conception pouvant varier d'un État membre à l'autre selon des considérations notamment d'ordre moral ou culturel, il y a lieu de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation certaine. »

Un autre exemple de différence de conception peut être donné avec les législations sur la bioéthique, s'agissant des dons et utilisations de tissus et cellules issus du corps humain. On peut acheter des gamètes en Espagne, pas en France. Le statut des « mères porteuses » est très différent selon les pays.

Sont parfois en jeu des principes éthiques qui ne sont pas étrangers à des traditions religieuses ou, à l'inverse, à une conception de la laïcité.

C'est un sujet sur lequel les cours constitutionnelles nationales ont toujours voulu conserver leur primauté. Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel a admis les limites de son contrôle sur les lois de transpositions des directives, il a fait la réserve qu'il lui appartenait toujours de vérifier si la loi porterait atteinte à « l'identité constitutionnelle de la France »<sup>30</sup>.

Ce contexte explique sans doute que la Cour de cassation ait jugé bon de renvoyer, par question préjudicielle, à la CJCE la question de la compatibilité de la loi organique à l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>31</sup>, en tant qu'elle donne un caractère « prioritaire » à la question de constitutionnalité. Comme je l'ai dit, ce caractère « prioritaire » n'a trait qu'à l'ordre d'examen des moyens, et n'affecte donc en rien la prééminence du droit communautaire. La CJCE aura donc l'occasion d'apaiser les esprits sur ce point. Mais que la question ait pu être posée illustre la sensibilité du sujet quant au rôle que veulent exercer les cours suprêmes au sujet des droits fondamentaux.

Le sujet des droits fondamentaux n'est donc pas seulement le « ciment » de l'Europe, c'est aussi un sujet qui différencie les européens.

Faut-il s'en inquiéter?

Pas forcément. Cette différenciation peut être vue comme l'expression même d'un « droit à la différence », qui fait partie des droits fondamentaux. Comment concilier l'unité nécessaire et le droit à la différence, voilà un beau défi pour le « constitutionnalisme à plusieurs niveaux ».

---

<sup>30</sup> Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, 540 DC.

<sup>31</sup> Cour de cassation, 16 avril 2010, n°12003.

Carlo Amirante \*

## COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE E DECOSTITUZIONALIZZAZIONE DELL'ORDINAMENTO INTERNO?

SOMMARIO: Premessa – § 1. Considerazioni introduttive – § 2. La costituzionalizzazione del diritto internazionale come processo aperto: osservazioni preliminari – § 3. La costituzionalizzazione del diritto internazionale generale come risposta alla globalizzazione? Tra dubbi e prospettive – § 4. La costituzione economica internazionale – § 5. La costituzionalizzazione dell'Unione europea – § 6. Considerazioni conclusive: gli effetti devastanti della delegittimazione delle costituzioni nazionali

### Premessa

Il processo di internazionalizzazione dell'economia – in conseguenza degli effetti pervasivi del modo di produzione capitalistico, non solo sul mercato come erroneamente si ritiene, ma sui rapporti di produzione, sulla “società” civile, sul modo di pensare e di agire di soggetti istituzionali o privati ed infine sulla politica e sulle stesse istituzioni – è passato alla storia come “globalizzazione”<sup>1</sup> per sottolinearne la dimensione “totalizzante” ed irreversibile perché post-moderna. Anche chi ritiene i tempi maturi “per trasferire dall’assetto degli Stati a quello delle orga-

---

\* Carlo Amirante, Università “Federico II” di Napoli.

<sup>1</sup> Nel riprendere le ricerche sugli effetti della globalizzazione, soprattutto per quanto riguarda il ruolo delle organizzazioni internazionali sia a vocazione universale che continentale in tutti i campi della vita politica, economica e sociale ed i loro effetti per l'organizzazione costituzionale dei singoli Stati e sui diritti economici e sociali dei loro cittadini, ricerche raccolte nei tre volumi: *Unioni sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello Stato*, Torino, 2001; *Costituzionalismo e costituzione nel nuovo contesto europeo*, Torino, 2003; *Dalla forma Stato alla forma Mercato*, Torino, 2008, ho privilegiato il tema, già di per sé complesso, delle conseguenze negative di tale processo per i sistemi costituzionali nazionali ed in particolare per quello italiano. Nella stesura di questo saggio mi sono giovato delle conversazioni con Paolo Picone e dei suoi suggerimenti dottrinari e bibliografici, delle sue recensioni, che sono una miniera di approcci critici ad una materia sempre più complessa, ed infine, degli stimolanti contributi del *Liber amicorum* a lui dedicato; ovviamente delle tesi e delle argomentazioni da me proposte sono il solo responsabile. Un ringraziamento sentito è dovuto a Ciro Brescia per il prezioso contributo alle ricerche bibliografiche e la paziente revisione delle numerose rielaborazioni del testo. Dedico questo saggio a mia moglie Luitgard, la più severa critica delle mie “fatiche” scientifiche.

nizzazioni internazionali il tema della legittimazione democratica e della rappresentatività nell'assunzione delle decisioni, specialmente nel campo economico<sup>22</sup> considerando magari lo Stato nazionale incapace di governare un processo sempre più complesso, non può nascondersi i problemi e gli effetti di tale trasferimento. Partendo infatti, dalla constatazione delle diseguaglianze, soprattutto economiche e sociali, fra cittadini dei singoli Stati – accentuate dalla diseguaglianza formale e soprattutto sostanziale degli Stati nelle organizzazioni internazionali e sovranazionali (con effetti però determinanti per le scelte economiche, ambientali e sociali all'interno del territorio nazionale) – risulta improponibile ed utopica la tesi della costituzionalizzazione dell'ordinamento internazionale. Innanzitutto perché è improbabile che un processo non legittimato dal basso, ossia dal consenso cosciente e consapevole degli Stati e dei rispettivi popoli che costituiscono la comunità internazionale, sia accettata da tutti come fondamento di un'organizzazione democratica e consolidata; in secondo luogo perché risulta oggi molto difficile comporre ad unità la frammentarietà e la separazione delle competenze e delle fonti giuridiche sia del diritto internazionale generale che di quello convenzionale. In terzo luogo perché la tutt'ora netta separazione fra autorità dotate di competenze e funzioni sia economiche che amministrative – il cuore della governance – da quelle che dovrebbero imporre il rispetto di Carte e Convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani, Carte spesso sprovviste di efficaci poteri sanzionatori, produce un debole impatto sull'efficace difesa dei diritti politici, economici e sociali dei singoli e gruppi. Soprattutto perché la persistente resistenza degli Stati, in particolare di quelli egemoni, a rinunciare al tradizionale scudo della sovranità impedisce tutt'ora l'unificazione o almeno il coordinamento efficace delle varie giurisdizioni internazionali. Con la conseguenza che le forme sempre più frequenti di esercizio di “sovranità condivisa” riproducono e perpetuano le diseguglianze fra gli Stati a danno dei cittadini e dei lavoratori. Non meraviglia, quindi, che sia per l'ordinamento internazionale generale che per l'organizzazione economica globale e per lo stesso sistema politico-giuridico comunitario, si parli più realisticamente di “Costituzione materiale” anziché di una Costituzione formale. Ciò non impedisce però che, a livello internazionale e sovranazionale, si consolidino progressivamente principi, regole e prassi, più o meno egemoniche che implicano il trasferimento a organizzazioni a vocazione universale, continentale o subcontinentale di competenze e funzioni un tempo riservate agli Stati e alle loro istituzioni. La conseguenza del trasferimento a livello internazionale e sovranazionale di competenze e poteri regolati dalle costituzioni nazionali ne ha però progressivamente delegittimato principi ed istituzioni che si proponevano l'obiettivo di orientare lo sviluppo economico ed il mercato, la promo-

---

<sup>22</sup> VELLANO, M., *Verso il superamento del principio della parità formale degli Stati nel governo dell'economia mondiale*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia, liber amicorum in onore di Paolo Picone*, a cura di LIGUSTRO, A. e SACERDOTI, G., Napoli, 2011, p. 174.

zione dell'occupazione, dei diritti sociali e più in generale, la realizzazione dei diritti di cittadinanza sociale e politicamente attiva e partecipe.

Con la svolta degli anni '90 tra gli strumenti più idonei ad assicurare forme più stabili ed efficaci di governo dell'economia mondiale, la cosiddetta Global Governance, è progressivamente emersa l'idea che la Global Administrative Law (GAL), inevitabilmente espressione di un pensiero unico sia lo strumento più idoneo a fissarne e regolarne i principi, all'insegna delle categorie di efficacia ed efficienza, per garantire una riorganizzazione ottimale del mercato. Parallelamente si è proposto, soprattutto come ipotesi teorica di organizzazione ideologica della politica mondiale, un sistema di multilevel constitutionalism come strumento di individuazione di principi e valori comuni, subordinati al primato di un mercato che dipende da un sistema capitalistico sempre più finanziarizzato, ai sistemi politici (prevalentemente occidentali) protagonisti del processo di globalizzazione non solo economica. In realtà, come vedremo nel paragrafo conclusivo di questo saggio, il ruolo egemonico dei processi di finanziarizzazione e mercatizzazione dell'economia ha imposto la deconstituzionalizzazione della "costituzione economica nazionale", i cui principi andrebbero reinterpretati per adeguarli a quelli della costituzione economica internazionale e rispettivamente di quella comunitaria, se necessario ricorrendo come è già avvenuto al procedimento di revisione costituzionale. Secondo una concezione largamente condivisa dagli studiosi di diritto comunitario e da un'autorevole scuola di diritto amministrativo la regolamentazione di una vasta area economica come quella comunitaria, all'insegna dei principi del mercato e della concorrenza, deve essere inevitabilmente affidata ad istituzioni e comitati dotati di competenze tecniche, le uniche in grado di garantire in modo imparziale ed egualitario l'*European Governace*<sup>3</sup>. Agli Stati membri dell'UE restano riservati in modo pressoché esclusivo compiti di organizzazione dei servizi pubblici, di redistribuzione economica, di garanzia dei diritti sociali, nel rispetto però delle regole di governance, cioè di principi di stabilità finanziaria e di contenimento della spesa pubblica previsti dalle istituzioni comunitarie con un rigoroso patto di stabilità, ed oggi con il *fiscal compact*. Il saggio che segue è un ulteriore approfondimento di articoli e volumi che lo hanno preceduto che, per più di un motivo, richiederà ulteriori articolazioni ed approcci critici ad una realtà economica ed istituzionale in continuo movimento. Esso si propone infatti solo di mostrare gli innumerevoli ostacoli alla sopravvivenza di principi minimi di democrazia reale sulla via della traslazione di poteri, funzioni ed istituzioni costituzionali dallo Stato nazione ad organizzazioni internazionali e sovranazionali; infatti le tecniche di voto, eguale, ponderato o rapportato al numero dei cittadini, al peso economico o al versamento di quote di adesione del singolo

---

<sup>3</sup>... con l'effetto di determinare una delegittimazione sempre più evidente dei partiti e sindacati, effetto che si riflette sulle istituzioni, sui governi e quindi sugli Stati membri sia pure in misura diversa da Stato a Stato.

Stato, sembrano rispondere a logiche tipiche di un modo di produzione capitalistico decisamente neoliberale, orientato all'economia e ai mercati globali piuttosto che a quelle di una democrazia sostanziale egitaria ed a maggior ragione sociale, diretta e partecipativa. Anche perché la scissione/frammentazione di non pochi Stati avvenuta dopo gli anni novanta, che ha fatto parlare di glocalizzazione, come reazione e risposta ai processi di globalizzazione, non sembra favorire auspicabili tendenze all'eguaglianza economica e sociale sostanziale che si pretende promuovere con ulteriori espansioni e liberalizzazioni in tutti i campi e settori, a danno dei diritti sociali e culturali di un positivo ed efficace intervento politico che crei occupazione e di una effettiva tutela dei beni comuni. Ed è questo il motivo per cui al di fuori dei paesi "occidentali" fra i quali emergono nell'attuale fase di crisi economica e politica divergenze e conflitti intersistemici, si vengono consolidando soprattutto nel subcontinente latino-americano organizzazioni economiche e politiche ispirate a principi, ideali, obiettivi e prassi difficilmente riconducibili all'attuale contesto di egemonie economiche, politiche e militari occidentali, perché si contrappongono non solo o non tanto al mercato in quanto tale, ma al modo di produzione capitalistico in ogni caso contrapponendo al mercato interventi e politiche istituzionali orientati a fini sociali.

### § 1. Considerazioni introduttive

Gli avvenimenti degli ultimi anni – conseguenza di un'onda lunga di crisi iniziate con il crollo economico delle tigri asiatiche, con la crisi argentina (il cd *argentina*) ed infine con quella crisi nord-americana innescata dalle bolle finanziarie e dal collasso del mercato edilizio connesso alla concessione arrischiata dei mutui *subprime* – hanno messo a dura prova, in conseguenza della recessione nordamericana che si è ribaltata sui paesi europei, sia la tenuta dell'euro che dello stesso processo di integrazione comunitaria. Le preoccupazioni dei maggiori protagonisti del mercato "globalizzato", dagli Stati Uniti alla Cina, dal Giappone all'Unione europea, dall'America latina all'Africa – che si traducono in interrogativi e dubbi sulla tenuta sia del mercato mondiale che dei mercati "regionali" (come NAFTA, MERCOSUR, EURO, ALBA *etc.*) – sembrano proporre interrogativi ben più drammatici di quelli espressi dal titolo di questo saggio. I dubbi e le incertezze sia dei paesi guida dell'economia "globalizzata", che delle istituzioni a vocazione universale e regionale, in particolare della Commissione e del Consiglio dei Ministri dell'UE, paesi per più versi vincolati alle decisioni e agli indirizzi del FMI, non riguardano solo la riforma delle regole soprattutto in materia finanziaria, bancaria e monetaria ed infine fiscale. Infatti, non è assolutamente chiaro in che misura il rispetto delle nuove regole in materia di banche e finanza internazionale, regole spesso più annunciate che realizzate, debba essere affidato alle organizzazioni internazionali o sovranazionali

o alle istituzioni degli Stati che a tali organizzazioni aderiscono, né come tali compiti debbano essere attribuiti. Le fortissime resistenze dei settori bancari e finanziari e delle tecnostutture internazionali e sovranazionali (il cuore della cd *global governance*) ad ogni riforma che ne limiti competenze, funzioni e poteri, giocano infatti a favore di un mantenimento dello status quo. D'altra parte, la riluttanza degli Stati «egemoni» dovuta al loro peso politico ed economico, ad invertire (o almeno a controbilanciare) le tendenze neoliberiste, affidando efficaci poteri di indirizzo e di controllo sul sempre più complesso ed autonomo sistema di finanza internazionale ad organismi nei quali gli Stati non hanno gli stessi poteri decisionali<sup>4</sup>, non sembra certo preludere a un processo di razionalizzazione democratica ed a maggior ragione di costituzionalizzazione del sistema economico internazionale. Anche perché l'esigenza prioritaria di tutelare i diritti umani, in particolare dei soggetti deboli e più esposti ai rischi della globalizzazione finanziaria e produttiva, ed in particolare dei lavoratori e dei giovani che si affacciano sul mercato del lavoro, si traduce in dichiarazioni di buone intenzioni e convenzioni non vincolanti e spesso senza un impatto diretto e immediato su quei settori del diritto internazionale, quali il “diritto dell'economia” e il “diritto bellico” che condizionano le strategie economiche e sociali degli Stati<sup>5</sup>.

Lungi da me invocare il *crucifige* per chi in convegni o saggi manifesta ottimismo per processi di *multilevel constitutionalism* proposti dalla letteratura tedesca<sup>6</sup> e anglosassone (di ispirazione prevalentemente nord americana<sup>7</sup>), soprattutto nella misura in cui ci si proponga di valorizzare l'emergere e il consolidarsi di diritti e doveri di una comunità internazionale che, secondo una teoria e soprattutto una prassi non consolidata, non sarebbe più costituita dai soli Stati ma di una pluralità di organismi e di un nuovo fondamentale soggetto di diritto: la persona umana. Sembra,

---

<sup>4</sup> ...o siano almeno in grado di controbilanciare il peso politico e decisionale degli Stati economicamente e politicamente egemoni.

<sup>5</sup> Con particolare riferimento al ruolo e le organizzazioni finanziarie, monetarie ed economiche internazionali, in materia dei diritti dell'uomo, cfr. DE SENA, P. *Fondo Monetario Internazionale, Banca Mondiale e rispetto dei Diritti dell'Uomo* in *Problemi e tendenze del Diritto Internazionale dell'Economia, Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, cit. ed ivi ampia bibliografia, p. 829 e ss.

<sup>6</sup> PERNICE, I., *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?*, in CMLR, 1990, 733 ss., un saggio che ha avuto una notevole influenza almeno sull'avvio del dibattito in Italia, ma che, come avviene spesso nel nostro paese, ha obnubilato gli approcci critici a questo complesso tema non solo teorico.

<sup>7</sup> In proposito cfr. fra i contributi più recenti: HABERMAS, J., *The constitutionalization of international law and the legitimation problems of a constitution for world society*, in [onlinelibrary.wiley.com](http://onlinelibrary.wiley.com), KLABBERS, J., PETERS A., E ULFSTEIN, G., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009; J. DUNOFF, L. e J. TRACHTMAN, P. (a cura di), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, 2009; SCHILLING, T., *Constitutionalization of General International Law – An Answer to Globalization?, Some Structural Aspects*, direttamente consultabile in [internet.centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/fellowsforum/documents/SchillingForumPaper02040.pdf](http://internet.centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/fellowsforum/documents/SchillingForumPaper02040.pdf); SCHWÖBEL, C. E. J., *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Leiden, 2011.

però, discutibile affrontare un tema così complesso, seguendo tutto sommato il *modus operandi* della tradizione accademica occidentale (prevalentemente europea) in termini astratti e formali, in nome dei “diritti umani”, trascurando non solo i diritti economici e sociali ma soprattutto l’elemento cruciale, l’an e il *quantum* della regolamentazione del sistema finanziario e bancario mondiale, che è divenuto l’*hard core* del capitalismo del nuovo secolo ed in particolare del mercato del lavoro e dei diritti dei lavoratori; ma anche dei molteplici e sempre più problematici interventi armati in funzione di *peacekeeping* o di *esportazione della democrazia*.<sup>8</sup> In realtà, da un lato (a partire dalla Dichiarazione Universale del 1948) il cittadino – in una articolazione che va dal *global citizen* allo *state citizen* per approdare al *local citizen* – viene riconosciuto “ipoteticamente” titolare di diritti e doveri prioritari rispetto all’organizzazione del sistema istituzionale e giuridico nel suo complesso; dall’altro nel mercato mondiale della finanza, della moneta, delle merci e dei servizi (che seguono i principi delle teorie neoliberali), egli resta di fatto oggetto, o se si preferisce, destinatario passivo di forme di *soft regulation* che si riferiscono ai singoli e frammentati settori di merci (beni e servizi) nei quali il lavoratore è tutt’ora declassato a merce. La merce “indifferenziata” e priva di ogni contenuto e funzione sociale, è ovvio, di per sé non ha né diritti né doveri, se non l’obbligo (sovente non rispettato) di contenere le qualità e le caratteristiche che i venditori le attribuiscono.<sup>9</sup> Per la teoria economica neoclassica il diritto al lavoro è un *nonsense* logico e metodologico perché, dal punto di vista della razionalità e quindi del funzionamento ottimale del mercato promuovere e favorire con interventi *ab externo* l’occupazione interferirebbe arbitrariamente con i suoi “sacri ed intoccabili” automatismi. Per il costituzionalismo democratico del novecento, al contrario, a partire dalla costituzione di Weimar il lavoro se non garantisce certo al singolo la titolarità di un diritto fondamentale di pretendere dalle istituzioni o da soggetti privati un posto di lavoro, impone allo Stato di privilegiare sul piano legislativo e fiscale (senza escludere l’esistenza di imprese pubbliche o a partecipazione statale) e di favorire la massima occupazione

---

<sup>8</sup> In proposito ho cercato di dare un contributo da costituzionalista nel breve saggio *La svolta degli anni novanta* in *Ritorno al diritto*, numero 8/2008, quaderno speciale dedicato al tema ‘*Tutto è Storia*’ a cura di CRIFO, G., pp. 99-110 e in precedenza: *Le conseguenze della guerra in Iraq. Riflessioni di giuristi*. Intervento al seminario dallo stesso titolo, Vol. 2 Aracne, 2007, in *Rivista Nova Iuris Interpretatio in hodierna gentium comunione*, e con RUBINO, F., *Diritti umani e pena di morte. Una riflessione preliminare* in *Critica del Diritto*, n. 3/4, 2001, pp. 436-449, *Intervento umanitario o politica di superpotenza?*, Intervento al seminario giuridico presso l’Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, in occasione dell’intervento armato contro l’Iraq, 2002.

<sup>9</sup> Per una critica radicale dell’approccio neoliberale al lavoro e al c.d. ‘mercato del lavoro’ cfr. da ultimo *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Roma/Bari, 2009. Sulla progressiva subordinazione delle norme che regolano il mercato del lavoro alle logiche neoliberali della globalizzazione che fanno pensare addirittura ad una eclissi del diritto, cfr. PASCALI, M., *Decolorazione del lavoro nero nel processo di decostruzione del diritto penale del lavoro. Normalizzazione, migrazione ed eclissi del diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.



ma anche di garantire adeguate misure di assistenza in caso di disoccupazione, malattia o infermità permanente. Oggi, in un contesto globale in cui il lavoro è degradato a merce al pari di tutte le altre e l'ampia liberalizzazione finanziaria e produttiva implica la delocalizzazione dei sistemi finanziari, delle imprese e dei mercati che senso ha la pretesa di attribuire alla persona (lavoratore, consumatore, *stakeholder*) soggettività giuridica nel diritto internazionale e più in particolare nel diritto internazionale dell'economia? Quale ruolo nella comunità internazionale, dominata ancora oggi dagli Stati economicamente e politicamente egemoni, può essere svolto dai cittadini e dai lavoratori in particolare da quelli dei paesi marginali ed emarginati in un contesto generale dominato tutt'ora dai valori e dai principi di un mercato fortemente condizionato da imprese e cartelli oligopolistici? Se il processo di democratizzazione dell'ordinamento politico-economico internazionale (ed in particolare di quello comunitario) passa attraverso il trasferimento ad esso dei principi comuni alle costituzioni degli Stati (non sempre assimilabili e talora notevolmente divergenti) che costituiscono la comunità internazionale, come può questa opzione, per ora utopica, di riconoscere diritti e tutela sovranazionale e internazionale essere conciliabile con la deconstituzionalizzazione dei diritti politici, economici e sociali garantiti dalle costituzioni nazionali? Ultimo ma forse più importante interrogativo: che senso ha affrontare il tema della costituzionalizzazione del diritto internazionale, a partire dalla crisi (vera o presunta che sia) della sovranità del *nation state*, ignorando o fingendo di ignorare che, come effetto dei processi per alcuni versi paralleli, per altri "parzialmente conflittuali" di globalizzazione e regionalizzazione dell'economia, non è solo o tanto la sovranità in quanto tale ma la sovranità popolare che soffre di una crisi strisciante e per molti irreversibile? È possibile in questo contesto non vedere che, per conseguenza, sono sempre più a rischio i diritti politici economici e sociali dei cittadini, per costituzione sovrani, che non influiscono (se non in modo sempre più indiretto e mediato) sulle decisioni e sulle opzioni che vengono prese in sedi e luoghi al di fuori e al di là delle loro possibilità di pressione e di controllo?<sup>10</sup> Eppure è proprio quello della sovranità popolare il tema che ricorre con minore frequenza sia negli scritti degli internazionalisti, per una tradizione metodologica e disciplinare tutt'ora prevalente, sia fra i comunitaristi e stranamente anche fra gli stessi costituzionalisti.<sup>11</sup> Impegnati a porre in evidenza accanto alla cri-

---

<sup>10</sup> ... per non dire di coloro che risiedono più o meno stabilmente, lavorano e pagano tasse e contributi nel territorio dello Stato senza che spesso siano riconosciuti loro i più elementari diritti sociali, in proposito cfr.: AMIRANTE, C., *La condizione post-coloniale dei 'clandestini' nell'Unione europea: una persistente violazione della dignità umana*, in GAMBINO, S. e D'IGNAZIO, G. (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali fra costituzioni nazionali, unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, pp. 87-116.

<sup>11</sup> L'analisi più completa e articolata e soprattutto impietosamente severa, degli effetti di esautoramento della sovranità popolare prodotti dai processi di globalizzazione ed integrazione europea all'insegna della finanziarizzazione e del mercato è dovuta nella letteratura italiana a BUCCI, G., *La sovranità popolare nella trappola delle reti multilevel*, su <http://www.constituzionalismo.it> e ivi ampia bibliografia. Hanno messo precocemente in evidenza le trasformazioni del diritto costituzionale indotte dall'accelerazione

si di sovranità come perdita del potere del *nation state* di decidere in modo autonomo<sup>12</sup> soprattutto in materia economica, i costituzionalisti si concentrano di solito sulla crisi dei diritti fondamentali sociali che la Carta di Nizza non ha certo adeguatamente garantito, dimenticando che la conquista progressiva dei diritti sociali e più in generale delle istituzioni dello stato sociale è stata perseguita con un continuo rapporto conflittuale con i governi e gli apparati produttivi. La crisi di legittimazione e di rappresentatività di governi, parlamenti e partiti – particolarmente evidente nei paesi europei più colpiti dalla crisi finanziaria ed economica *tout court* ed esposti all'incubo del default – è sintomatica del tramonto, per taluni inevitabile e irreversibile perché conseguenza dei processi di globalizzazione, delle forme vecchie e nuove in cui si esprime la sovranità popolare<sup>13</sup>.

---

del processo di integrazione europea con particolare riferimento alla sovranità, LUCIANI, M. *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1 (1996), pp. 124-188 e GUARINO, G., *Il Governo del mondo globale*, Firenze, 2000 (che dava risalto maggiore a tesi già sostenute in precedenza) e SILVESTRI, G., *Lo Stato senza Principe, sovranità dei valori nelle società pluralistiche*, Torino, 2005. Cfr. inoltre, gli atti del convegno padovano, ESPOSITO, CRISAFULLI, PALADIN, tre costituzionalisti nella cattedra padovana ed in particolare le relazioni di LUCIANI, M. *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa* e di FERRARA, G., *L'indirizzo politico dalla razionalità all'apolidia*. Ritengo però che il tema della sovranità popolare vada affrontato non solo con riferimento al soggetto titolare della sovranità ossia il popolo ma anche ai contenuti che tale potere riceve dalla stessa costituzione. Infatti, non è senza conseguenze politiche e normative che nell'art.1 della Costituzione repubblicana la sovranità popolare segua immediatamente i due principi "fondativi" della democrazia e del lavoro e che gli articoli 2,3 e 4 indichino in modo inequivoco i contenuti e gli obiettivi (ossia l'eguaglianza sostanziale, il pieno sviluppo della persona umana, non solo come singolo, ma nelle formazioni sociali e il lavoro non solo come diritto ma anche come dovere). La conseguenza sembra essere che il trasferimento a livello sovranazionale e internazionale deve avvenire nel rispetto dei contenuti della sovranità e cioè mettendo in primo piano la tutela del lavoro sia come fattore della produzione che come elemento essenziale dello sviluppo della persona umana. Nella bibliografia risalente nel tempo, troppo spesso trascurata, spiccano i contributi di CRISAFULLI, V., *La sovranità popolare nella costituzione italiana* (Note preliminari), in *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando, Padova 1957*, p. 411 e ss., in cui l'autore sottolinea l'esigenza di dare il giusto peso alla sovranità popolare come concetto giuridicamente e sociologicamente diverso dalla sovranità *tout court*. Infine, sull'inattuazione del principio della sovranità popolare cfr. i classici contributi di BASSO, L. *Il Principe senza scettro*, Milano, Feltrinelli, 1999, nuova edizione rispetto a quella del 1958 con prefazione di RODOTA' S. e LAVAGNA C., *Costituzione e Socialismo*, Bologna, Il Mulino, 1977; un volume che, condividendo la tesi dell'autore secondo il quale argomenti formalmente e normativamente ineccepibili, dimostrerebbero che il modello costituzionale repubblicano non impedirebbe, a certe condizioni, un passaggio pacifico al socialismo, sembra paradossalmente essere condiviso dallo stuolo sempre più ampio di politici e teorici del diritto e dell'economia che ritengono indispensabile revisioni sostanziose della costituzione del '48 per garantire definitivamente la tutela di un sistema economico sociale neoliberale fondato sui principi "immortali e neutrali" del mercato e della concorrenza!

<sup>12</sup> ... senza che i processi di *decision making* della cosiddetta sovranità condivisa, tipici dei sistemi di *governance sovranazionale e internazionale*, rappresentino una forma di compensazione teorico-politica soddisfacente per più di un motivo.

<sup>13</sup> Sembra ormai dimenticato un dato storico molto sensibile per la situazione nella quale versano oggi i popoli dei paesi membri della UE che l'UE abbia deciso, sotto la spinta di una piccola *troika* di paesi

## § 2. La costituzionalizzazione del diritto internazionale come processo aperto: osservazioni preliminari

Il processo di costituzionalizzazione del diritto internazionale fino ad alcuni anni addietro veniva considerato dagli internazionalisti – per citare Martti Koskeniemi<sup>14</sup>, i cui contributi hanno avuto vasta eco – una prospettiva ondeggiante fra l'apologia e l'utopia. In effetti, a partire da concetti giuridici ed istituti tradizionali del diritto internazionale quali la sovranità, le fonti, *lo jus cogens*, gli obblighi *erga omnes*, i Trattati internazionali, il diritto internazionale consuetudinario e soprattutto *la soggettività internazionale della persona* che rappresenterebbe, secondo un'opinione non poco contestata da autorevoli internazionalisti ma che si va diffondendo soprattutto tra i non addetti ai lavori, la novità più significativa in una prospettiva nella quale, nel complesso, la dimensione utopica sembra nettamente prevalente<sup>15</sup>, anche se non va sottovalutato l'impegno di studiosi di ONG e movimenti politici autonomi e radicali per una tutela effettiva dei diritti umani e dei diritti sociali. Questi movimenti hanno avuto grande influenza sulle più recenti costituzioni latinoamericane che, a partire da quella brasiliana, vengono a ragione definite *costituzioni cittadine*.

Con la svolta degli anni novanta e la fine del bipolarismo, si è avviata una riflessione sulla riorganizzazione dei concetti, degli istituti, delle nuove organizzazioni ed istituzioni e dei nuovi soggetti protagonisti sia del diritto internazionale di guerra e di pace che del diritto internazionale dell'economia. Si è auspicato da più parti che la fine della guerra fredda, la caduta del muro di Berlino, il crollo del regime sovietico e l'emergere di un significativo protagonismo non solo economico

---

*leader*, di escludere il referendum popolare come strumento democratico di ratifica dei trattati comunitari dopo l'esito dei referendum francese e olandese che nel 2005 respinsero il cd Trattato che intendeva istituire una costituzione per l'Europa.

<sup>14</sup> *From apology to Utopia. The structure of International Legal Argument*, Cambridge, 1989 Seconda edizione; *The Gentle Civilizer Of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, 2001. E da ultimo un ampio volume a cura di CASSESE, A., *Realizing Utopia, The Future of International Law*, Oxford, 2012, p. 728.

<sup>15</sup> HABERMAS, J., nel suo recente volume *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*. Subrkamp Verlag, Berlino, 2011, ed Italiana (parziale), *Questa Europa è in crisi*, Bari, 2012, ritenendo che l'attuale processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea trovi il suo fondamento in «un'assemblea costituente regolarmente indetta» sostenuta, seguendo il parere di Bogdandy, dagli sforzi della «migliore inventiva scientifica» e legittimata dalla opinione pubblica europea, (p. 61), Habermas auspica che su tale esempio si realizzi «l'obiettivo di una costituzione democratica della società mondiale» sulla base di «una cooperazione costituente fra cittadini e Stati» dando vita ad una comunità cosmopolitica. In tal modo pur senza nascondersi problemi ed ostacoli descritti in vero con maggiore realismo in *L'occidente diviso*, Roma-Bari, 2005, nel capitolo dedicato a *La Costituzionalizzazione del Diritto Internazionale ha ancora una possibilità?*, pp. 107-197, ed ancora prima in *La Costellazione post-nazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 1999; negli ultimi contributi di sapore sempre più decisamente kantiano Habermas riprende i percorsi argomentativi di tenore cosmopolitico proposti circa vent'anni fa da ARCHIBUGI, D. e HELD, D. (a cura di), *Cosmopolitan democracy, an agenda, for a New World Order*, Polity Press, Cambridge, 1995 e riproposti in successive pubblicazioni.

della Cina (a partire dalla sua entrata nell'OMC) e più in generale degli altri paesi del BRICS (Brasile, Russia, India e Sud Africa), avrebbero favorito processi di riorganizzazione dell'ordine giuridico internazionale in senso più democratico e multipolare. In realtà la crisi dell'ONU, l'inadeguatezza ormai innegabile delle istituzioni economiche a vocazione universale (OMC, FMI e BM) a contenere e governare una crisi economico-politica ormai strutturale, da un lato, e l'emergere ed il consolidarsi, dall'altro, di nuove prassi internazionali dell'uso della forza armata, – tollerate non senza conflitti – quali *peace-keeping*, *peace-enforcing*, *esportazione della democrazia* non sembrano certo favorire il delinearsi di un secolo di pace e di cooperazione solidale fra popoli e paesi all'insegna della democrazia e del rispetto dei diritti umani.

Certo è incontestabile che per quanto riguarda le costituzioni 'nazionali' del secondo dopoguerra – proprio a partire dall'esigenza riconosciuta dai cittadini e dai paesi che avevano provocato la seconda guerra mondiale, dunque la Germania, il Giappone e l'Italia, e auspicato o addirittura imposto dalle potenze vincitrici e in particolare dagli USA – si è delineato un significativo processo di costituzionalizzazione di principi guida dei rapporti internazionali che escludono (o meglio dovrebbero escludere) la guerra, non solo come aggressione ad altri Stati e soprattutto a popoli sovrani ma anche come strumento di soluzione di conflitti internazionali. Tali opzioni, sul piano formale, trovavano piena rispondenza sia nella Dichiarazione Universale che nello statuto dell'ONU, anche se spesso gli internazionalisti, pure quando non lo affermano esplicitamente, di fatto ne escludono ogni rilevanza per il diritto internazionale. In secondo luogo, queste costituzioni, consentivano le limitazioni di sovranità indispensabili per favorire una cooperazione internazionale fondata sulla solidarietà ed il sostegno reciproco tra popoli e paesi. Soprattutto, però, dopo il 1989 perfino paesi come l'Italia e la Germania, malgrado l'opposizione di forti movimenti pacifisti, hanno progressivamente superato il principio costituzionale del divieto di intervento armato, giustificandolo con gli impegni assunti con la loro adesione alla NATO, impegni militari che dopo la svolta degli anni novanta si sono notevolmente intensificati talora anche senza le autorizzazioni dell'ONU. Si è venuto così progressivamente consolidando un conflitto inconciliabile per gli ideologici, i teorici e i militanti dei diritti umani, fra l'irrinunciabile principio di organizzazione in senso democratico dell'ordinamento internazionale e le esigenze egemoniche soprattutto degli Stati del blocco occidentale che proprio invocando le esigenze di tutela dei diritti umani, della lotta al terrorismo, del ripristino della pace in aree di conflitto ed infine di esportazione della democrazia hanno scatenato ed allargato autentici conflitti militari ricorrendo non di rado a truppe mercenarie<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Sui processi di privatizzazione della guerra cfr. di recente FRANCIONI, F. e RONZITTI, N. (a cura di), *War by Contract*, Oxford, 2011, un volume che al di là della sottolineatura implicita di un fenomeno aberrante – che, se non si è ciechi, non si può non leggere in parallelo con il più generale processo di privatizzazione dell'intera economia con ricadute drammatiche su beni e servizi essenziali per la sopravvivenza come l'acqua e le fonti di energia – denuncia l'assenza di una legislazione adeguata sia a

### § 3. La costituzionalizzazione del diritto internazionale generale come risposta alla globalizzazione? Tra dubbi e prospettive

La discussione sugli effetti dei processi di globalizzazione<sup>17</sup> per le Costituzioni degli Stati nazionali in anni recenti è partita dagli studiosi europei posti di fronte all'esigenza di indagare circa gli effetti normativi e istituzionali di un processo di integrazione che progressivamente spostava dal livello nazionale a quello comunitario (oltre che globale) le scelte strategiche più rilevanti in materia di finanza, moneta, mercato e concorrenza, la tutela internazionale dei diritti umani, in particolare nel caso degli interventi armati (con o senza autorizzazione dell'ONU) in difesa di paesi illegittimamente aggrediti. In particolare per quanto riguarda l'economia internazionale ed europea tale dibattito ha vissuto più fasi; inizialmente sia i costituzionalisti che le corti costituzionali dei paesi membri della UE, con il tribunale Costituzionale tedesco a fare da battistrada<sup>18</sup>, hanno ribadito con fermezza il primato delle Costituzioni sui trattati che istituivano le comunità europee; successivamente, soprattutto dopo l'Atto unico europeo, la scelta dei governi degli Stati membri di procedere verso forme più ampie di integrazione ha di fatto implicato l'accettazione di una sostanziale prevalenza dell'ordinamento comunitario sull'ordinamento interno<sup>19</sup>, che in realtà ne ha progressivamente stravolto alcune tra le

---

livello interno che internazionale dato il prevalere degli strumenti di *soft law*, ciò che rende difficile persino l'incriminazione di *Contractors* accusati di condotte criminali, come sottolinea VENTURINI, G., nella recensione al volume suddetto in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012, n. 2, p. 679.

<sup>17</sup> Sarebbe in realtà preferibile usare il termine mondializzazione, abbastanza comune nel dibattito in lingua francese, perché termine privo di connotati ideologici "a priori" positivi o negativi a seconda dell'atteggiamento di chi scrive o sia impegnato sul terreno politico; l'assoluta prevalenza sia nel dibattito e nella ricerca di lingua inglese che in Italia, mi induce a far riferimento al lemma "globalizzazione" proprio per sottolineare, come ho sostenuto altrove, *Europa e Globalizzazione*, intervista a cura di PAGANO, F., in *Hora, Il tempo d'Europa*, num. 0, marzo 2004, pp. 1-15, la polisemia e la molteplicità di interpretazioni di tale termine.

<sup>18</sup> In proposito cfr. AMIRANTE, C., *Diritti fondamentali e giurisprudenza costituzionale nell'esperienza tedesca*, in GAMBINO, S., (a cura di), *Diritti fondamentali e Giustizia costituzionale, esperienze europee e nordamericane*, Milano, 2012, pp. 383-405, cui si rinvia anche per ampi riferimenti bibliografici.

<sup>19</sup> A questa tematica oltre ai volumi e saggi già citati cfr.: AMIRANTE, C., *Dal corporativismo ad un'economia solidale... e ritorno?*, in *Sviluppo Economico* 6/2002, p. 231-265; *Per la storia del processo di erosione di un sistema costituzionale democratico*, in *La democrazia riformata*, a cura di BEVERE, A., Napoli 2004; nonché *Globalization, the market, the european community. A new economy, new society, new democracy?*, in *International problems* n. 1-2/2002; *Principles, Values, Rights, Duties, Social Needs and Interpretation of the Constitution. The Hegemony of Governance and Multi-Level Constitutionalism in a Globalised World?* in *Challenges of multi-level constitutionalism* a cura di NERGELIUS, J., POLICASTRO, P., URATA, K. prefazione di P. Policastro, Cracovia, 2004; *Unione europeenne et libertes economiques entre marche, etat et democratie* in *L'Architecture du droit*, Parigi, *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Parigi, 2006, pp. 35-50 e da ultimo, in una prospettiva specifica ma utile per cogliere alcune delle trasformazioni dell'ordinamento interno in conseguenza dei processi di globalizzazione e di integrazione europea, con BARLETTA, A., *La responsabilità penale nel processo di globalizzazione dell'economia: problemi e prospettiva*, in *Persona, pena, processo, Scritti in memoria di*

principali componenti ideologiche contenutistiche e soprattutto normative ed istituzionali. L'immediata applicabilità sia ai soggetti pubblici che alle istituzioni e ai privati del diritto comunitario ha finito col tempo per riplasmare in modo sostanziale sia dal punto di vista dei poteri che dei contenuti l'intero ordinamento giuridico-politico degli Stati membri, esercitando col tempo una significativa influenza almeno sul piano teorico e dottrinario sui principi e le norme del diritto costituzionale, contribuendo così a rilanciare l'ipotesi di costituzionalizzazione dell'ordinamento internazionale come vertice di un sistema di *multilevel constitutionalism*.

Con la svolta dell'89, questo processo di trasformazione dei sistemi politici nazionali, a partire dal settore economico ha subito un ulteriore processo di accelerazione, dal momento che il diritto interno dei singoli paesi appariva, partendo da quell'impostazione tecnocratica-manageriale delle Comunità economiche comunitarie originarie, inadeguato a dirigere e governare i processi di globalizzazione. Restando al mondo economico si è delineata così progressivamente la crisi del progetto del *Nuovo Ordine Economico Internazionale*, proposto dall'ONU a partire dalla metà degli anni settanta del secolo scorso, con l'obiettivo di democratizzare più in generale l'ordinamento internazionale e le relazioni internazionali fra popoli e paesi<sup>20</sup>, a cui è subentrata, con una forte accelerazione nell'ultimo decennio del novecento la strategia egemonica della globalizzazione.

Storicamente la prospettiva di un nuovo scenario internazionale annunciato da Clinton come il *nuovo secolo americano* nel segno di una progressiva unificazione (non solo economica) del mondo ha fatto da battistrada al processo di globalizzazione all'insegna del mercato e della concorrenza, fruendo dei sistemi multimediali che ne hanno accelerato l'affermazione.

In effetti, questa terza ondata di mondializzazione dell'economia è stata definita "l'era della globalizzazione" proprio per distinguerla da due precedenti fasi di internazionalizzazione non solo del mercato ma più in generale del processo economico complessivo<sup>21</sup>. *Questa fase* – contrassegnata da grande complessità per la

---

Tommaso Sorrentino raccolti sotto la direzione di GALLO, M., a cura di AMISANO, M. - CATERINI, M., Napoli, 2012, p. 9-35, nonché BARLETTA, A., *La legalità penale tra diritto dell'Unione europea e Costituzione*, Napoli, 2011.

<sup>20</sup> In proposito cfr.: da ultimo SACERDOTI, G., *Nascita, affermazione e scomparsa del Nuovo Ordine Economico Internazionale: un bilancio trent'anni dopo*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia, Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, cit. pp. 127-152 ed ivi ampi riferimenti bibliografici.

<sup>21</sup> Sulle tre fasi del processo di internazionalizzazione dell'economia nell'era moderna da me trattati in *Dalla Forma Stato alla Forma mercato*, cfr. COLLIER P. - DOLLAR D. (a cura di), *Globalizzazione, crescita economica e povertà. Rapporto della Banca Mondiale*, 2003 che colloca la prima grande ondata del fenomeno negli anni 1870-1914, la seconda negli anni 1945-1980, mentre la terza risale alla svolta degli anni '90 e sarebbe tutt'ora in corso; non mancano autori come DEAGLIO, M., che già dalla metà degli anni 2000 hanno cominciato a parlare della fine dei «tempi facili», ipotizzando l'inizio di una nuova fase, caratterizzata anche da inversioni di tendenza a partire proprio dalla fiducia illimitata negli effetti politici, economici e sociali positivi *erga omnes* dei processi di globalizzazione, in *Postglobal*, Bari-Roma, 2005.

quale ci si limita a rinviare a precedenti contributi, anche per gli ampi riferimenti bibliografici, ha comportato la progressiva eliminazione di regole ed ostacoli posti sia a livello statale che internazionale come limiti alla formazione di un mercato unificato e “globale” – *ha comportato significative innovazioni sia per gli ordinamenti interni che per quelli internazionali*. Per quanto riguarda il nostro discorso, si può affermare comunque, senza rischio di essere smentiti, che l’eliminazione di limiti di carattere doganale e fiscale alla libera circolazione di monete, servizi e merci, ivi compreso il lavoro, con l’effetto di implementare in modo esponenziale i processi migratori, se indubbiamente ha favorito soprattutto dopo il crollo del sistema sovietico e l’apertura al mercato della Cina, un tumultuoso sviluppo economico in continenti diversi da quello europeo e nordamericano, non ha affatto ridotto il divario economico, sociale e culturale fra ricchi e poveri, nella misura retoricamente auspicata dai mentori della globalizzazione, ciò è avvenuto anche in conseguenza del divieto di aiuti di Stato e dei vincoli diretti e indiretti al *welfare state* imposti dalle autorità economiche e finanziarie internazionali. Successivamente, l’attentato alle *twin towers* ha consentito agli USA ed ai loro alleati più fedeli, di delineare un nuovo scenario internazionale, percorso da nuovi rischi ed insicurezze<sup>22</sup> che sono apparsi argomenti forti per imporre un coordinamento sia economico che politico di una parte significativa dei paesi che costituiscono la comunità internazionale, all’insegna di una *global governance*<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> La teorizzazione della globalizzazione come causa della società del rischio, è dovuta a BECK, U., nel volume dall’analogo titolo *Risikogesellschaft*, nella edizione in lingua originale, risalente al 1986, successivamente, partendo da analoghe premesse, in *Potere e contropotere nell’età globale*, Roma-Bari, 2010, l’autore insiste nel sostenere, a proposito della globalizzazione, la tesi, originale quanto azzardata, che... la globalizzazione si sarebbe creata da sola, essendo «il dominio da parte di nessuno. Nessuno l’ha iniziata, nessuno può arrestarla, nessuno ne è responsabile». «La parola “globalizzazione” significa irresponsabilità», una tesi che, è appena il caso di ribadirlo, ignora, o in sostanza sottovaluta quei processi di liberalizzazione finanziaria che hanno favorito l’attuale gravissima crisi strutturale. Ciò dipende anche, o meglio, soprattutto, dalla sottovalutazione, tutt’altro che oscura, della concentrazione di poteri e funzioni nelle mani di lobbies bancarie e finanziarie che hanno incrementato una concentrazione di poteri direttivi e decisionali, una nuova *technology fo power* descritta in modo articolato da PALMA, J.G., *The revenge of the market on the rentiers: why neo-liberal reports of the end of History turned out to be premature*, *Cambridge Journal of Economics, Special Issue on the Global Financial Crisis*, 2009, 33 (4), July 829-66. Sugli effetti nefasti dell’industria finanziaria che influenzano la legislazione in materia, provocando rischi sistemici di cui le bolle finanziarie sono la conseguenza più evidente cfr.: PANICO, C., PINTO, A. e PUCHET ANYUL, M., *Income distribution and the size of the financial sector*, Mimeo, 2010. In senso critico cfr.: AMIRANTE, C. e BARLETTA, A., *La responsabilità penale nel processo di globalizzazione dell’economia: problemi e prospettive*, in *Persona, Pena, Processo, scritti in memoria di T. Sorrentino*, a cura di. AMISANO M. e CATERINI M., Napoli, 2012, p. 9 e ss.

<sup>23</sup> In proposito sembra che il discorso si complichino ulteriormente: da un lato infatti per superare il deficit democratico prodotto dalla *global governance* si auspica “una democratizzazione della international governance ad opera degli Stati nazionali democratici”, per riportare il pensiero di PETERS, A., in KLABBERS, J., PETERS, A., ULFSTEIN, G., *The Constitutionalisation of International Law*, Oxford, University Press, New York, 2009, p. 271, per un’analisi critica delle sue tesi si rinvia alla recensione di

Sul piano giuridico gli studiosi di diritto internazionale hanno, a loro volta, cominciato ad avanzare con maggiore frequenza l'ipotesi di una costituzionalizzazione del diritto internazionale generale<sup>24</sup>. La loro prospettiva non è stata però solo quella di regolare ed orientare i processi di trasformazione istituzionale in corso – resi indispensabili, secondo un'opinione molto diffusa, dall'incapacità, soprattutto degli Stati non egemoni, di governare i nuovi e sempre più complessi processi economici e politici – ma anche di dare rilievo giuridico ed istituzionale a nuovi soggetti (individui, associazioni, collettività, *authorities* ed altre formule organizzative in cui si esprime il pluralismo internazionale contemporaneo della comunità internazionale) come nuovi protagonisti dell'ordinamento internazionale accanto agli Stati, ciò che rappresenterebbe l'elemento emergente più significativo del nuovo secolo<sup>25</sup>.

Malgrado il moltiplicarsi di studi, spesso di carattere filosofico o politologico, i cultori del diritto internazionale generale nutrono in realtà, più di un dubbio sulla già avvenuta costituzionalizzazione della materia, rifiutando i facili entusiasmi di non pochi studiosi di diritto comunitario e di diritto amministrativo, per non parlare dei politologi, che considerano la *global governance* e l'*european governance* gli strumenti più razionali ed incisivi per una riorganizzazione di poteri e competenze che trascenda il potere esclusivo e accentrato degli Stati<sup>26</sup>. Non mancano però – di fronte all'incapacità (vera o presunta che sia) degli Stati nazionali di governare da soli, come entro certi limiti avveniva un tempo, l'economia e il mercato interno difendendo dalle pressioni dei poteri forti del mercato mondiale con le pratiche po-

---

PICONE, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 297 e ss ; per altro un gruppo autorevole di amministratori visti propone il *Global Administrative Law* (GAL), come lo strumento più utile ad unificare e coordinare i diversi settori di un ordinamento giuridico sempre più globale perché sarebbe l'approccio disciplinare e metodologico più efficace. Ridurre gli obiettivi di eguaglianza sostanziale e di giustizia sociale previsti da non poche costituzioni europee (ed in particolare da quella italiana) a meri compiti di gestione-esecuzione significa adeguare le istituzioni della governance al pensiero unico neoliberista (cioè ai principi del mercato e della concorrenza), ignorando i disastri economici e sociali che i rigori budgettari e la forte contrazione della spesa pubblica hanno comportato per i lavoratori, le piccole e medie imprese ed i cittadini senza limitare in modo efficace gli effetti non meno nefasti dei processi di finanziarizzazione dell'economia e di una finanza creativa che tuttora fruisce dell'assenza di regole e controlli efficaci.

<sup>24</sup> Una recente sintesi storicamente articolata di tale problema è dovuta a FOCARELLI, C., *Costituzionalismo internazionale e costituzionalizzazione della Global Governance: alla ricerca del diritto globale* in *Politica del diritto* n. 2/2011 e p. 207 ss., cui si rinvia sia per risalire alle origini storiche del discorso, che per l'ampia bibliografia (citata in particolare alla nota 25, p. 214). Sulle ricadute negative per gli ordinamenti giuridici interni a partire dalla Costituzione cfr. RONCHETTI, L., *Il nomos infranto: globalizzazioni e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Jovene, Napoli, 2007.

<sup>25</sup> In questo senso, SCHILLING, T., *Constitutionalization of General International Law – An Answer to Globalization?*, cit., p.15 e ss, ed *infra*.

<sup>26</sup> Cfr. però le osservazioni critiche di BORRELLI, G., ARIENZO, A. e RUBINO, F., nella pionieristica, articolata e stimolante indagine collettiva, AA.VV., *Governance* a cura di G. BORRELLI, Napoli, Dante e Descartes, 2004 ulteriormente analizzata ed approfondita dagli stessi autori in contributi successivi.



litiche ed amministrative della cd *sovranità condivisa*<sup>27</sup> – tentativi di fornire agli attuali strumenti, i già citati comitati, commissioni ed *authorities* ed alle altre molteplici formule organizzative che innervano le reti di *governance* ai diversi livelli, quella legittimazione giuridica e politica già acquisita in diritto comunitario che deriverebbe dal viatico legittimante del termine “costituzione”.

La più autorevole dottrina internazionalistica se non nega le ragioni e le motivazioni di chi auspica una radicale riforma dell’ordinamento internazionale, ritiene realistico considerare la sua costituzionalizzazione un’ipotesi la cui verifica dipende da una molteplicità di varianti metodologiche e contenutistiche che la rendono quanto mai problematica. In effetti, già le caratteristiche fondamentali dell’ordinamento internazionale individuate da Klabbers ossia la *frammentazione*, il *pluralismo*, la *verticalizzazione* e la *privatizzazione*, spiegano perché sia così difficile individuare oggi un’ipotesi univoca e plausibile di costituzionalizzazione dell’ordinamento internazionale.

Seguendo l’approccio metodologico di Schilling, apprezzabile sia per l’articolazione argomentativa che per la visione critica di un problema, troppo spesso affrontato in modo ideologico o rapsodico, appare evidente che la complessità e varietà degli strumenti e dei meccanismi messi in campo per promuovere la costituzionalizzazione del diritto internazionale generale debba innanzitutto fare i conti con gli interessi prevalenti della comunità degli Stati, che si esprimono in una molteplicità di forme talora tutt’altro che convergenti. Soprattutto perché, in particolare gli Stati che godono di una posizione dominante nello scenario internazionale, rinunziano mal volentieri ad un esercizio in generale incondizionato dei loro poteri sovrani, rifiutandosi di riconoscere non di rado, anche in caso di violazione dei diritti umani, sia la giurisdizione di altri Stati che quella di corti internazionali.

Sul piano metodologico viene fatto preliminarmente notare dagli autori più critici ed avvertiti che occorre distinguere fra l’*effettiva, concreta costituzionalizzazione del diritto internazionale generale*, ossia l’esistenza attuale di una costituzione vigente, ed il *costituzionalismo internazionale* inteso come il movimento, la tendenza, l’aspirazione alla costituzionalizzazione di questo settore dell’ordinamento giuridico che – in conseguenza dei processi di globalizzazione, o se si preferisce, di mondializzazione non solo dell’economia ma di settori sempre più ampi dell’informazione e della comunicazione e, più in generale, delle relazioni politiche sociali e personali, individuali e collettive – è in continua evoluzione<sup>28</sup>.

Sia nel primo che nel secondo caso sono indispensabili, come suggerisce Theodor Schilling, ma sostengono anche Klabbers, Peters e da ultimo Focarelli, non

<sup>27</sup> Nella letteratura italiana cfr. almeno, *L’Unione europea e la Sovranità condivisa*, Giuffrè, Milano 2002.

<sup>28</sup> Per un’analisi critica del fenomeno e soprattutto degli effetti della rivoluzione scientifico-tecnologica sul sistema capitalistico cfr. HAUG, W. F., *High-Tech-Kapitalismus. Analysen zu Produktionsweise, Arbeit, Sexualität, Krieg und Hegemonie*, Argument Verlag, Hamburg 2003.

pochi distinguo. Innanzitutto nel primo caso, col termine “costituzionalizzazione” si intende fare riferimento ad una aspirazione, o ad una proposta che a sua volta, può essere fatta propria dalla dottrina, da movimenti politici e culturali, soprattutto da *opinion-makers*. I soggetti suindicati, a loro volta, possono limitarsi a diffondere e propagandare un progetto politico ed istituzionale di costituzionalizzazione del diritto internazionale generale o, come avviene nel caso che i sostenitori di questo progetto ricoprano anche ruoli istituzionali (ciò vale in particolare per le corti internazionali di giustizia), possono dare un contributo concreto e positivo a tale processo di costituzionalizzazione. Anche se non sempre è agevole tracciare una netta linea di separazione fra ideologia e movimento per la costituzionalizzazione effettiva del diritto internazionale, si tratta indubbiamente di fenomeni da tenere distinti e da considerare con attenzione, per evitare le confusioni e gli equivoci che hanno caratterizzato, come vedremo meglio in seguito, il dibattito sulla Costituzione dell’Unione europea e lo stesso processo di ratifica del Trattato che intendeva istituire una costituzione europea. Un trattato che pretendeva di presentarsi ai cittadini dei paesi membri come una autentica costituzione, mentre si dilungava soprattutto nella regolamentazione di banche, moneta, finanza e mercato, che si è arenato nelle secche dei referendum francese ed olandese. Per ratificare questo “trattato costituzionale”, dopo avervi apportato lievi modifiche, ci si è limitati ad eliminare il termine costituzione del tutto inidoneo, secondo i cittadini francesi ed olandesi e non pochi costituzionalisti europei, a qualificare come tale un trattato internazionale non troppo diverso dai precedenti; per evitare poi altri ostacoli alla ratifica si è giunti perfino ad impedire di sottoporlo al voto dei cittadini! Un Trattato che, ad un osservatore disincantato, per troppi aspetti sia contenutistici che normativi e procedurali differisce dalle costituzioni degli Stati membri dell’Unione europea, senza per altro corrispondere alle esigenze ed alle aspettative dei rispettivi cittadini. I più consapevoli fra essi, soprattutto nell’attuale fase politica ed economica, temono infatti di non trovare più nelle costituzioni nazionali quell’insieme di principi, di regole e compiti istituzionali in grado di garantire un processo direttivo ed organizzativo democratico e quella garanzia dei loro diritti economici e sociali – ma soprattutto politici – che l’attuale organizzazione normativa ed istituzionale comunitaria non sembra in grado di assicurare, neanche in prospettiva.

Tornando al tema della effettiva costituzionalizzazione del diritto internazionale generale, non mancano autori, non solo fra gli internazionalisti, che ritengono possa darsi già oggi una risposta affermativa *considerando innanzitutto legittimo attribuire alla Carta delle Nazioni Unite la dignità di costituzione formale dell’ordinamento internazionale*<sup>29</sup>. Tra le ragioni che giustificerebbero questa tesi, vi sarebbe innanzitutto la cir-

---

<sup>29</sup> Cfr. fra gli altri, CHERMAIN, R. e PELLET, A. (a cura di), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale?* e Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden, Boston, 2009, cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti bibliografici.

costanza che la Carta non si limiterebbe semplicemente a istituire e regolare un'organizzazione internazionale come altre ma sarebbe piuttosto la Costituzione della comunità internazionale, dal momento che, come ricorda Focarelli<sup>30</sup> con riferimento ad un dibattito internazionale, l'ONU persegue fini generali e, a causa della sua universalità, si imporrebbe anche a Stati terzi, prescindendo dal loro consenso. Un altro argomento a favore della natura costituzionale della Carta dell'ONU e quindi della sua diversità dagli altri trattati internazionali, sarebbe la prevalenza degli obblighi per gli Stati derivanti dalla stessa Carta rispetto a quelli conseguenti ad altri impegni assunti dagli Stati in conseguenza della firma e della ratifica di altri trattati<sup>31</sup>. Senza sottovalutare questo argomento, da un lato si fa rilevare la incertezza circa gli effetti specifici per i quali la Carta dell'ONU dovrebbe prevalere su altre norme internazionali e dall'altro che non mancano settori nei quali gli stessi principi della Carta ritenuti cogenti possono entrare in contrasto tra loro come nel caso del «principio che vieta l'uso della forza e del principio che salvaguarda i diritti umani»<sup>32</sup>.

Si tratta, però, di una dottrina ritenuta a ragione inaccettabile, innanzitutto perché nel Consiglio di Sicurezza, che è l'organo centrale dell'ONU, le Grandi Potenze, alle quali spetta un seggio permanente, hanno svolto, durante il periodo della guerra fredda e continuano a svolgere tutt'ora, un ruolo egemonico dovuto al loro potere di veto<sup>33</sup>. Inoltre, trascurando altri aspetti di un certo rilievo, sembra determinante che le grandi organizzazioni internazionali, a vocazione universale come la Banca Mondiale, l'Organizzazione Mondiale del Commercio e per più di un aspetto, l'Organizzazione Internazionale del Lavoro, operano seguendo principi e regole proprie e diverse. Data la loro rilevanza economica e politica, (e quindi la loro interferenza con poteri e funzioni dell'ONU e dei suoi organi compresi quelli ausiliari), ciò rende ancora più insostenibile la tesi della natura di *costituzione formale* dell'ordinamento internazionale.

---

<sup>30</sup> *Op. cit.* 217.

<sup>31</sup> In effetti l'art. 103 della Carta afferma: «In caso di contrasto tra gli obblighi contratti tra i Membri delle Nazioni Unite con il presente Statuto e gli obblighi da essi assunti in base a qualsiasi altro accordo internazionale, prevarranno gli obblighi derivanti dal presente Statuto».

<sup>32</sup> FOCARELLI, C., *op. cit.* p. 220.

<sup>33</sup> Per essere più precisi, la concentrazione di poteri nel Consiglio di Sicurezza - nel quale solo a cinque Stati (Cina, Francia, Regno Unito, Russia e USA) su un numero complessivo di 15 dei 192 membri dell'ONU, viene attribuito, insieme al seggio permanente, un diritto di veto - è stata, ed è tutt'ora, un elemento di forte criticità riferita sia alla struttura che al funzionamento dell'ONU, soprattutto per quanto riguarda poteri e funzioni di tutela della pace e più specificamente le cosiddette autorizzazioni all'uso della forza che hanno preso il posto dell'intervento diretto dell'ONU; questa vicenda ha comportato le pressanti richieste di una riforma che tarda a venire. Tutto ciò rende oggi ancor meno plausibile considerare la Carta dell'ONU come costituzione dell'ordinamento internazionale. Sulla complessa vicenda cfr. PICONE, P., *Comunità internazionale e obblighi «erga omnes»*, Jovene Editore, Napoli, 2002.

Messa da parte questa prima ipotesi, un'altra tesi che conta non pochi seguaci, non solo fra gli internazionalisti, è quella che vede nella "giustizia internazionale", ossia nel ruolo sempre più significativo dei tribunali internazionali, il contributo più rilevante alla progressiva formazione di un sistema costituzionale internazionale. In assenza di un organo parlamentare o meta-parlamentare a vocazione universale in funzione di legislatore internazionale, il ruolo di *law-making* sarebbe quindi, secondo questa tesi, sempre più spesso e con maggiore autorevolezza, svolto dalle corti internazionali a condizione di seguire i principi del giusto processo (il *due process of law* della tradizione anglosassone) che implica il dovere per i tribunali di rispettare le clausole dell'*expertise, independence, equal access* e *fair hearing*<sup>34</sup>.

È, dunque, opinione ormai diffusa non solo tra i costituzionalisti e tra i comparativisti ma anche fra gli internazionalisti che le decisioni delle corti internazionali<sup>35</sup>, dotate o meno di competenza generale come la Corte internazionale di giustizia o la Corte penale internazionale, con le loro sentenze diano un contributo decisivo al processo di costituzionalizzazione del diritto internazionale. Ma non meno rilevanti sarebbero le decisioni delle corti costituzionali nazionali che non solo nell'affrontare i casi di conflitto fra diritto interno e diritto internazionale ma più in generale con le loro interpretazioni e con le loro motivazioni darebbero un contributo significativo alla formazione di principi costituzionali comuni ai quali anche il diritto internazionale finirebbe per conformarsi.

Infine – si fa notare da più parti – il dialogo ormai continuo ed in taluni casi periodico ed istituzionalizzato fra le corti costituzionali ed altre corti a competenza continentale o internazionale, darebbe maggiore consistenza teorica alla formazione di principi e regole dell'ordinamento internazionale che meriterebbero così di assumere rilievo e dignità di veri principi costituzionali, validi ed efficaci negli ordinamenti interni e quindi vincolanti per gli Stati.

In questa sede, più che tentare una rassegna completa o un'analisi articolata di un fenomeno montante in conseguenza del doppio processo di pluralismo e frammentazione istituzionale, normativa e delle fonti, di cui sono ben consapevoli non solo gli internazionalisti ma molti giuristi, professionisti, pubblici amministratori, e cittadini – sempre più spesso messi di fronte all'interrogativo davanti ai quali istituzioni far valere i propri diritti – sembra più significativo porre in luce la dimensione politica complessa ed a un tempo l'influenza sulla prassi e sulla stessa teoria giuridica<sup>36</sup> di questo processo di giurisdizionalizzazione del politico che nella letteratura

<sup>34</sup> Così ULFSTEIN, G., *The Constitutionalization of International Law*, cit., p. 135, su cui vedi le osservazioni critiche di Picone in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 93, 2010, p. 297 e ss.

<sup>35</sup> ... come, ad esempio, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo o la Corte europea di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

<sup>36</sup> Un esempio recente della fiducia nella *cross-fertilization* della giurisprudenza delle Corti in CARTABIA, M. (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011 e da ultimo ROLLA, G., *L'influenza delle Carte sovranazionali sulla configurazione legale dei diritti ed i lineamenti del sistema di giustizia costitu-*

internazionale viene definito *juristocracy*. In effetti, anche se in modo non sempre consapevole, le grandi decisioni di un giudice costituzionale o di un giudice internazionale danno la stura a discussioni politiche e teoriche di problemi e di conflitti transnazionali o internazionali di cui non si può disconoscere la natura politica. Non è meno vero che anche al di là dei casi in cui due paesi si accordano per affidare all'arbitrato privato la soluzione di eventuali controversie relative alla realizzazione di beni e servizi vantaggiosi per entrambi per la creazione di posti di lavoro, per la conquista di mercati interni o internazionali, le corti fanno prevalere talora le esigenze del paese egemone. In altri casi – ed in proposito non si può fare a meno di dar ragione a Antoine Garapon<sup>37</sup> – sono proprio le corti nazionali o internazionali a riproporre o rilanciare problemi di grande rilievo, ma rimasti irrisolti, come quello dell'imprescrittibilità di efferati crimini di guerra, di genocidi e crimini contro l'umanità, per sottolineare che, se non altro allo scopo di, “normalizzare” le relazioni tra popoli e paesi, si cerchi di pervenire ad un accordo che riguardi il riconoscimento delle colpe e il risarcimento dei danni patiti. Malgrado la consapevolezza che i giudici non sono angeli, che quindi risentano della loro provenienza nazionale che rischia di tradursi in solidarietà con il proprio paese o con i suoi interessi economici, la “società delle corti”<sup>38</sup> svolge indubbiamente un significativo “ruolo di sostituzione” di cui talvolta si esaltano in modo decisamente discutibile gli effetti.

---

zionale, in *Politica del diritto* n. 2/3, 2012 pp. 181/211, a cui si rinvia per l'ampio corredo bibliografico. L'impostazione tassonomica e dichiaratamente classificatoria del saggio esclude però ogni valutazione critica di un fenomeno politico-istituzionale complesso, con le sue luci e le sue ombre. Per quanto riguarda i diritti economici e sociali le prassi giurisprudenziali sono ondegianti fra il *self-restraint* e l'appiattimento sui principi economico-giuridici neoliberalisti, (spesso in aperto contrasto con principi e norme delle costituzioni nazionali ed in particolare di quella italiana).

<sup>37</sup> Cfr. *Des Crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, (2002), di cui l'edizione italiana *Crimini che non si possono né perdonare né punire. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna, 2011, PORTINARO, P.P., *Crimini politici e giustizia internazionale, Ricerca storica e questioni teoriche*, Working Papers n. 5 (Università di Torino, Dipartimento di Studi politici), settembre 2005, se riconosce il “peso” simbolico, ideologico e politico della giurisprudenza dei tribunali penali internazionali, non manca di individuare nella resistenza degli Stati il principale ostacolo ad una giustizia internazionale efficace al di là dell'attuale mortificante contesto di «impunità à la carte» (p. 58).

<sup>38</sup> In proposito cfr. ALLARD, J., GARAPON, A., *cit.*, rispettivamente alle p. 53 e 24. Di recente GARAPON, *Lo Stato minimo e la giustizia. Il neoliberalismo e la giustizia*, ed. italiana, a cura e con prefazione di SABATO, R., Cortina Editore, Milano 2012, è tornato sul tema della giustizia nella società globale nell'ambito di un'ampia analisi critica del «neoliberalismo come terza età della governamentalità» di dichiarato e convinto approccio foucoltiano. Nel propormi di affrontare altrove e quanto prima una tematica che sembra però ridurre al neologismo “governamentalità” i temi ben più complessi della crisi strutturale non solo e non tanto del mercato ma del modo di produzione capitalistico (in una fase dominata da processi di finanziarizzazione estremamente pervasivi) dalla crisi non solo dei partiti politici e delle loro proposte politiche ma dalla crisi del politico tout court sembra comunque innegabile la persistenza della tentazione militare (legittimata dalle esigenze di assicurare la sicurezza e l'ordine sia interno che internazionale, combattere il terrorismo, esportare la democrazia *occidentale* e difendere i diritti umani!) con un effetto di sviamento dell'attenzione dell'opinione pubblica ed una catalizzazione

Il ruolo decisamente e incondizionatamente positivo delle corti, è sostenuto con particolare forza e convinzione in Italia, da chi parte dall'idea guida della sopravvalutazione del «posto della democrazia negli ordinamenti politici» dal momento che «nessun governo è gestito dal popolo perché non c'è democrazia diretta»<sup>39</sup>. L'esigenza di superare il ristretto e limitato orizzonte nazionale deriverebbe dalla debolezza teorica e politica di chi critica la trasposizione di poteri decisionali e della tutela dei diritti fondamentali a livello sovranazionale trasferendo «meccanicamente la teoria della democrazia dallo Stato all'ordinamento globale per effetto della forza trainante del mito dello stato considerato come l'unico o il principale modello di potere pubblico» con la conseguenza «di sottovalutare le garanzie dell'ordinamento giuridico globale». Ne deriverebbe per S. Cassese la proposta di legittimare il trasferimento di poteri funzioni e diritti a livello sovranazionale e internazionale «in base al diritto non mediante il consenso»<sup>40</sup>.

L'effetto di questo approccio metodologico indubbiamente originale, per una volta espresso con coraggiosa sincerità e senza troppi giri di parole, è quello di considerare l'apporto delle corti internazionali determinante nella formazione di un diritto globale democratico e sensibile al tema centrale dei diritti umani. Senza nascondersi le difficoltà derivanti dalle differenze e discrepanze tra i diversi ordinamenti giuridici, a partire dalle Costituzioni – problema che, direi, passando dal livello comunitario a quello globale diviene ovviamente ben più complesso – S. Cassese, ritiene che tra i punti di forza della giurisprudenza sovranazionale e internazionale vi sarebbe una serie di circostanze ed elementi che ne renderebbero proficuo il contributo. Innanzitutto, sarebbe significativo che i giudici intervengano solo quando se ne presenta la necessità e su richiesta degli interessati; in secondo luogo che un certo vincolo ai precedenti assicurerebbe un margine di prevedibilità delle decisioni senza escludere ripensamenti e svolte giurisprudenziali; in terzo luogo che le decisioni delle corti sarebbero legittimate da un giusto processo e dall'obbligo di motivazione ed infine, che le loro scelte debbano comunque essere eseguite, e dunque accettate dagli Stati con la conseguenza che la loro intermediazione, spesso indispensabile, non escluderebbe comunque interventi normativi ed innovazioni contenutistiche<sup>41</sup>.

---

estremamente gravosa della spesa per armamenti che aggrava ulteriormente la crisi in atto. Interessanti riferimenti in proposito in CIPOLLETTA, I., *Banchieri, politici e militari. Passato e futuro delle crisi globali*, Laterza, Roma/Bari, 2010.

<sup>39</sup> Così CASSESE, S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, pp. 11-12.

<sup>40</sup> CASSESE, S., *op. cit.* p. 13.

<sup>41</sup> Cfr. CASSESE, S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, p. 97-100. Un interessante approccio critico è dovuto a NAGEL T., *È possibile una giustizia globale?*, con introduzione di VECA S., Laterza editori Roma Bari 2009

Anche chi, come Julie Allard e Antoine Garapon<sup>42</sup>, ritiene che le corti nazionali e internazionali si impegnino ad offrire risposte giuridiche generali ed esaurienti, espressione di un pluralismo ordinato di livello globale o cosmopolitico, non riesce a fugare i rischi derivanti dalla «doppia minaccia di un ordine egemonico e di un disordine impotente». Senza infatti, sottovalutare il dialogo tra le corti che deriva dalla innegabile circostanza che il diritto – senza escludere i principi, le norme costituzionali ed i diritti fondamentali – sia divenuto materia di scambio e prodotto di esportazione, non si può dimenticare che, come ho ricordato altrove, «si tratta di un fenomeno che – non certo precede – ma al contrario segue i sempre più consistenti flussi di scambi finanziari, commerciali e tecnologici, favorendo l’espansione di un sistema produttivo alla ricerca di destinazioni territoriali dove la cornice infrastrutturale, fiscale e legale sia più favorevole agli interessi imprenditoriali»<sup>43</sup>, il che implica spesso rischi e danni per lavoratori e cittadini. In definitiva, quindi, l’interrogativo di Armin von Bogdandy, in nome di chi le corti internazionali si sostituiscano a una legislazione sovranazionale ed internazionale tutt’ora assente, realizzando con le loro interpretazioni l’obiettivo di un’integrazione sistemica, sembra trovare una risposta meramente ideologica nella finzione che esse giudichino in nome di una cittadinanza cosmopolitica<sup>44</sup>. La realtà è, purtroppo, ben diversa dal momento che la giuridicizzazione, o meglio la giurisdizionalizzazione del politico innanzitutto ed in termini generali finisce per ridurre i conflitti di classe o sociali a “formule magiche”, per usare una espressione cara a Rudolf Wietholter<sup>45</sup>, in secondo luogo le mediazioni compiute dai giudici fra gli interessi in campo, in assenza di principi univoci che il pluralismo e la frammentazione delle fonti del diritto internazionale rendono sempre più difficili da rinvenire, finiscono comunque per far prevalere interessi e diritti egemoni (o di Stati egemoni); in terzo luogo, in un quadro di rigore finanziario e budgettario, i diritti sociali, i diritti sindacali, e ancor più i diritti dei lavoratori, sono quelli che subiscono i danni maggiori a causa della loro frequente “sottorappresentazione”.

Una conseguenza di questo modo (diffuso anche fra gli studiosi di diritto costituzionale e di diritto comunitario) di dare forma e contenuti all’implementazione del diritto internazionale, ossia la vera rivoluzione copernicana che investirebbe tale ordinamento, sarebbe la *piena attribuzione della soggettività di diritto internazionale agli*

---

<sup>42</sup> *La mondializzazione dei giudici, Nuova rivoluzione del diritto*, con prefazione di GUARNIERI, C., 2006.

<sup>43</sup> AMIRANTE, C., *Ragionevolezza e “commercio dei giudici” fra dialogo intersistemico e legittimazione di un’egemonia globale?*, in *Dalla Forma Stato alla forma Mercato*, cit., p. 125.

<sup>44</sup> BOGDANDY, A e. VON VENZKE, I., *In whose name? An Investigation of International Courts’ Public Authority and its Democratic Justification*, in [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1593543](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1593543), pp. 38-39.

<sup>45</sup> Nel volume dal titolo *Le formule magiche della scienza giuridica*, traduzione it. a cura di RIEGERT, L., Bari, 1975.

*individui, gli « ultimate international subjects » del nuovo ordine costituzionale internazionale, mentre l'umanità e non la sovranità sarebbe « the ultimate normative source of international law »*<sup>46</sup>.

Sembra evidente che, in questo caso più ancora che in altri – dal momento che la posta in gioco sarebbe una visione “rivoluzionaria” della comunità internazionale, nella quale gli Stati non sarebbero più i soggetti esclusivi e nemmeno prevalenti, destinata così a divenire la fonte politica e giuridica di una democrazia costituzionale universale – realtà normativa ed istituzionale, approcci teorici ed ermeneutici e progetti politici (del tutto legittimi questi ultimi su un piano etico-sociale), inevitabilmente si sovrappongono e si confondono.

Rinunziando, in questa sede, ad affrontare, e tantomeno risolvere quello che appare oggi il problema centrale della materia, sembra più significativo sottolineare che il tema è strettamente interconnesso a un altro che in passato era considerato con distacco e sospetto dagli studiosi di diritto internazionale, quello del cosmopolitismo e che ora presenta rilievo maggiore per gli internazionalisti anche perché si ricollega spesso proprio a quelli della protezione dei diritti umani, dei diritti dei migranti, per non parlare di quello sempre più attuale degli interventi umanitari e di cosiddetta esportazione della democrazia. Un tema che per i suoi rapporti con la *international politics*, con la filosofia politica e la filosofia del diritto si interseca inevitabilmente, anche per le sue ricadute sul diritto ambientale e sui diritti delle generazioni future, con le analisi più rigorose degli internazionalisti. Come pone in evidenza Picone<sup>47</sup> sarebbe infatti ormai ingeneroso ignorare « i principali aspetti dell'orientamento normativo cosmopolitico », ponendosi sdegnosamente all'esterno di un dibattito che se non altro non manca di esercitare i suoi effetti positivi, almeno sul piano politico, su temi come i diritti umani, l'ambiente, la salute, l'emigrazione, i limiti umanitari agli interventi armati ed aggiungerei, l'appropriazione illegittima del patrimonio genetico, biologico, naturalistico di altri Stati, giustificandolo con l'imperativo del progresso della ricerca scientifica, ma in realtà allo scopo di trarne farmaci e prodotti sanitari i quali poi, coperti da brevetti, vengono rivenduti a caro prezzo, anche negli Stati da cui provengono le piante, i prodotti della terra o materiale organico animale o umano.

In luogo quindi, di un incauto tentativo di analizzare *funditus* lo stato dell'arte della tutela internazionale dei diritti umani, intesa come si è già ricordato, come la nuova frontiera del diritto internazionale della globalizzazione può essere più utile sottolineare qui i motivi che rendono perplessi soprattutto i costituzionalisti circa il trionfalismo di chi ritiene che la crisi del concetto di sovranità, dovuta all'inidoneità ed insufficienza degli strumenti tradizionali di tutela dei diritti di libertà e dei diritti

<sup>46</sup> Così PETERS, A. in KLABBERS, PETERS, ULFSTEIN, cit. p.157 ed *infra*, le illuminanti osservazioni critiche di PICONE nella recensione al volume in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 93, 2010, p. 297 e ss.

<sup>47</sup> Nella recensione a PIERIK, R., e WERNER, W. (a cura di), *Cosmopolitanism in Context: Perspectives from International Law and Political Theory*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2010, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n. 2/2012, pp. 660 e ss.



fondamentali e d'altra parte del *selfrestraint* che le corti internazionali praticano a proposito dei grandi temi economici e di governo nel nuovo contesto in cui la transnazionalità dei rapporti politici economici e sociali espone i diritti al rischio di una loro carente tutela. Mentre infatti, sembra ormai, *in linea puramente teorica* riconosciuta la titolarità di soggetti di diritto internazionale a singoli individui, gruppi e popoli, con la conseguenza di ritenere superato, almeno in via di principio, il limite un tempo invalicabile dell'ingerenza in affari interni di uno Stato, sembra purtroppo trattarsi di una vittoria di Pirro. Come riconoscono infatti studiosi dell'esperienza di A. Cassese o di J. Galtung individui e popoli hanno acquisito il ruolo di "spettatori che possono protestare" più che soggetti in grado di impedire le violazioni dei diritti o la condanna delle istituzioni e degli Stati che le compiano<sup>48</sup>.

La rapida rassegna dei tentativi di individuare i testi, le fonti ed i metodi per la definizione di una "costituzione formale" dell'ordinamento internazionale fa propendere decisamente per la soluzione negativa. Significa questo che la comunità internazionale sia priva di "principi costituzionali materiali" che si imporrebbero agli Stati, pervalendo sui loro interessi e sulle loro pretese al di là del ruolo egemonico che alcuni di essi pretendono di svolgere?

Per dare una risposta a questo interrogativo sembra evidente che si imponga un'approfondimento preliminare di temi, strumenti e concetti sia per il fondamentale settore dell'*jus ad bellum* e del *jus in bello*, che nella gamma sempre più vasta di settori che, soprattutto oggi con il ridimensionamento, che non significa certo il superamento della sovranità, costituiscono oggetto e contenuto del diritto internazionale. D'altra parte, come sostiene a ragione da anni Paolo Picone, sembra sempre più indispensabile che almeno la comunità scientifica condivida la necessità e l'urgenza di riconsocere pienamente i due fondamentali strumenti operativi e fonti di legittimazione dell'ordinamento internazionale quali il *jus cogens* e gli *obblighi erga omnes*, e si impegni a favore di una seria riforma dell'ONU se si vuole evitare l'alternativa fra la strisciante anomia regolativa ed un diritto internazionale dominato dagli Stati "forti" dell'ordine internazionale che trasformano la loro egemonia in regole del gioco della Comunità internazionale<sup>49</sup>.

In effetti, tentare di ricostruire una teoria sensata della Costituzione materiale dell'ordine internazionale, significa in qualche modo, per usare in maniera del tutto autonoma una felice espressione<sup>50</sup> mutuata da Paolo Picone, definire una geopoliti-

<sup>48</sup> GALTUNG, J., *I diritti umani in un'altra chiave*, Milano 1994, pp. 35-75.

<sup>49</sup> Mi limito qui a citare le considerazioni critiche di PICONE, P. nella recensione a KLABBERS, J., PETERS, A., ULFSTEIN, G., *The Constitutionalization of International Law*, New York, 2009 in *Rivista di Diritto Internazionale*, cit. alla nota 44.

<sup>50</sup> Nell'ampia recensione a POSNER, E., *The Perils of Global Legalism*, Chicago and London, 2009, in *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 92, 2009, e dello stesso POSNER *The limit of International Law*, New York 2005, su cui si rinvia alla recensione di PICONE, P. in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2007, pp. 1278-1285.

ca del potere incentrata sul rapporto fra Stati forti e Stati deboli che, dato il numero e la diversa consistenza politica, economica e sociale degli Stati che operano nel contesto internazionale, risulterebbe essenziale per la “fondazione” di una costituzione materiale, che altrimenti avrebbe un rilievo esclusivamente storico-descrittivo.

#### § 4. La costituzione economica internazionale

I fenomeni di mondializzazione, internazionalizzazione, sovranazionalizzazione e transnazionalizzazione dei rapporti interpersonali a livello sia individuale che collettivo, vedono nell’economia e negli economisti nonché in una vasta rete di tecnostutture i protagonisti di processi visti attraverso la lente semplificatrice e omologante della globalizzazione e dell’integrazione regionale (o continentale). Le ricette, le norme, le regole e le regolarità per realizzare questi processi in modo che si presume razionale (e neutrale) vengono proposte, e talora imposte, all’insegna delle istituzioni dominanti del mercato e della concorrenza trascurando troppo spesso ciò che ne condiziona e ne delimita l’operatività: il modo di produzione capitalistico di beni e servizi. Il disconoscimento dei molteplici condizionamenti e funzioni sociali dei mercati inficia così sia l’individuazione dei temi e problemi fondamentali, ignorando tutte le variabili di carattere sociale che influenzano il mercato, ed ancor più le soluzioni sempre economicamente e socialmente condizionate dei complessi elementi e delle variabili che caratterizzano gli scambi economici<sup>51</sup>.

Sia le organizzazioni a vocazione universale quali l’OMC, il FMI e la BM che quelle a vocazione regionale e continentale come l’UE hanno scelto mercato e concorrenza quali strumenti di regolazione ed intermediazione dei processi di unificazione perché ritenuti i più “neutrali” ed idonei a favorire processi di integrazione fra economia, società ed istituzioni non mediati direttamente – se si preferisce egemonicamente – dagli Stati, dalla politica ovvero da esplicite ed evidenti relazioni di potere. Sarebbero così i criteri e le regole di razionalità economica orientate al mercato e alla concorrenza le forme di razionalità che dovrebbero fornire l’orienta-

---

<sup>51</sup> JACKSON, W., *On the social structure of markets*, in *Cambridge Journal of Economics*, 2007, nonché più in generale, *Social structure in economic theory*, in *Journal of Economic Issues*, 2003. Da questo autore è agevole dedurre quelle conclusioni che le teorie neoliberali si ostinano ad ignorare: l’esistenza di una pluralità di mercati caratterizzati da un numero estremamente ampio di variabili che riguardano sia i soggetti dello scambio che altre fondamentali variabili quali la moneta con cui si effettuano i pagamenti, la ripetibilità della transazione, il carattere individuale o collettivo dei protagonisti della transazione, il prezzo (o il costo della transazione che può essere libero o controllato) ed aggiungerei l’incidenza della variabile fiscale. Da un punto di vista marxista è estremamente lucida l’analisi critica delle teorie neolibériste dell’agile volume di PALERMO, G., *Il mito del mercato globale*, con prefazione di NEGRI, A., Roma 2012, che si segnala per la chiarezza espositiva, per il raffronto fra i mercati teorici e i mercati reali, allo scopo di evidenziare l’effettivo funzionamento di questi ultimi e per il corredo di un utile glossario esplicativo dei principali termini di analisi economica.

mento più solido alle istituzioni sia internazionali che nazionali alle quali questi processi di integrazione globale e continentale verrebbero affidati. Da questa strategia, che pone (o pretende) di mettere da parte le istituzioni di governo sia internazionale che nazionale dell'economia, assegnando ad esse un ruolo sussidiario, deriva anche la svolta espertocratica o, se si preferisce, tecnoburocratica delle istituzioni suddette. La razionalità tecnocratica, prevalentemente orientata ai criteri del mercato e della concorrenza, ignorando o lasciando sullo sfondo come si è detto il modo di produzione capitalistico con le sue ferree leggi, dovrebbe garantire che nei processi di integrazione internazionale e comunitaria alle istituzioni politiche e rappresentative dello Stato siano attribuite competenze delimitate e non configgenti con le regole predette, appannaggio di organismi espertocratici.

Il discorso diviene dunque non meno complesso ed intricato, ma anche più intrigante, se si passa dal diritto internazionale *tout court* al diritto internazionale dell'economia che è certo il settore di maggiore impatto politico e sociale sull'ordinamento costituzionale interno, toccando più direttamente i diritti e gli interessi di cittadini e lavoratori dei singoli Stati. Sorge qui innanzitutto un rilevante problema di carattere metodologico che i costituzionalisti ben conoscono. Ha senso isolare un settore sia pure centrale quale è quello del diritto economico con i suoi principi, i suoi connotati istituzionali, i diritti ed i doveri dei singoli, delle associazioni sia a livello nazionale che sovranazionale ed oggi internazionale (le cosiddette ONG), dalle istituzioni dal diritto internazionale generale? Paolo Picone, che ha compiuto studi pionieristici in questo settore con un primo saggio monografico del 1980<sup>52</sup>, cui è seguito un volume che ha avuto il merito di compiere per la prima volta una compiuta sistematizzazione della materia<sup>53</sup>, ha messo l'accento sulla complessità e specificità della materia senza ignorare i rapporti fra i principi del diritto internazionale generale e quelli che regolano l'ordinamento economico internazionale. Mentre l'opinione prevalente limitava la materia economica ai rapporti fra gli Stati – con la conseguenza che questo approccio metodologico lasciava i rapporti tra i privati al di fuori della sua portata e, dall'altra, che le fonti giuridiche restavano quelle proprie del diritto internazionale pubblico – la dottrina nordamericana, al contrario, vi ricomprendeva anche i rapporti tra i privati. L'analisi di Paolo Picone, che con Giorgio Sacerdoti ha realizzato, è bene ribadirlo, una riorganizzazione teorica e metodologica di un settore inizialmente poco studiato nel nostro paese, si è distinta per la sua originalità e lungimiranza. Per un verso, egli ha ricostruito con puntigliosità ed efficacia metodologica, che è uno dei pregi maggiori delle sue ricerche, l'intero settore; per un altro, ha individuato in modo puntuale ed articolato, i caratteri di un processo avanzato di riorganizzazione dei rapporti economico-politici in-

---

<sup>52</sup> *Diritto Internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, XVI, pp. 137-219.

<sup>53</sup> PICONE, P. e SACERDOTI, G., *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982 (ed in particolare l'introduzione di PICONE, P.).

ternazionali del Nuovo Ordine Economico Internazionale (NOEI). Questo nuovo ordine economico che, secondo l'Assemblea generale delle Nazioni Unite dell'1 maggio 1974, avrebbe dovuto fondarsi sull'equità, l'eguaglianza sovrana, l'interdipendenza, l'interesse comune e sulla cooperazione fra tutti gli Stati «indipendentemente dal loro sistema economico e sociale», correggendo «le disparità» e «le ingiustizie» eliminando «il divario crescente tra paesi sviluppati e paesi in via di sviluppo» consentendo «di accelerare lo sviluppo economico e sociale, la pace e la giustizia per le generazioni future»<sup>54</sup> in realtà non si è mai realizzato. Che malgrado le dichiarazioni di buone intenzioni, l'assenza di una effettiva volontà degli Stati egemoni di pianificare o almeno indirizzare lo sviluppo economico globale a favore di paesi in ritardo nello sviluppo economico e socialmente disagiati, finisse per affidare sempre più spesso le proprie sorti al mercato ed alla concorrenza, è troppo noto per insistervi in questa sede. A tale progetto politico – sul quale, a torto o a ragione, sia il mondo politico che gli studiosi di diritto internazionale avevano fondato la speranza di una riorganizzazione dell'ordine economico internazionale che eliminasse le tracce del colonialismo e attenuasse la dipendenza dei paesi del “terzo mondo” dall'economia occidentale – è subentrata, dopo gli anni '90, una fase notevolmente diversa.

Gli studi più recenti, ed in particolare i saggi raccolti nel *liber amicorum* in onore di Paolo Picone mettono l'accento sul superamento delle prospettive indicate dal progetto di NOEI, all'insegna di un primato del mercato e della concorrenza – ma è una sottolineatura di cui mi assumo la paternità – ormai pressoché incondizionato, affidandone regolamentazione e controlli alla rete della *global governance*, costituita dalle organizzazioni economiche a vocazione universale come l'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), il Fondo Monetario Internazionale (FMI) e la Banca Mondiale (BM). Questa riorganizzazione neoliberale dell'economia-mondo ha messo da parte ogni prospettiva geopolitica e geo-economica che favorisse un cooperazione di tenore solidaristico e quindi equilibratrice tra gli Stati a vantaggio dei paesi economicamente meno sviluppati e delle popolazioni più povere. Partendo, infatti, dall'idea che la progressiva formazione di un mercato globale aperto a tutti i settori (dalla produzione di beni, ai servizi, dal lavoro al settore finanziario e bancario) avrebbe favorito uno sviluppo economico più equo e una qualità della vita più accettabile per tutti, promuovendo anche l'occupazione, le organizzazioni economiche a vocazione universale, non sono apparse certo l'espressione di una direzione tendenzialmente unitaria ed organica dell'economia mondiale. Al contrario, sembra evidente che i caratteri dell'ordinamento internazionale generale, ossia il *pluralismo*, la *frammentazione* e uno spazio sempre maggiore alle regole del diritto privato e com-

---

<sup>54</sup> In proposito cfr. BIFULCO, R., *Diritto e generazioni future. Profili giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, nonché (insieme a D'ALOIA, A.) a cura di, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.

*merciale*, hanno prevalso sia a livello normativo che organizzativo. O, se si preferisce, che le regole del mercato hanno finito per contaminare anche le strategie di cooperazione aventi come obiettivo politico dichiarato promuovere una produzione economica ed una distribuzione di beni e servizi più equa.

Le tendenze più significative dei processi di globalizzazione, ossia la progressiva liberalizzazione degli scambi commerciali e dei movimenti internazionali di denaro, merce, servizi e lavoratori, la deregolamentazione dei sistemi economici e la straordinaria accelerazione del progresso tecnologico, particolarmente evidente nel campo dell'informazione, ma che ha rivoluzionato il settore della produzione, dei servizi e degli scambi (la c.d. *hi tech revolution* già citata) rendono problematico ipotizzare oggi l'esistenza di una "costituzione economica internazionale" di cui il FMI, l'OMC e la BM, sarebbero le articolazioni istituzionali e normative basiche, anche perché poteri, funzioni e "peso" economico e politico degli Stati mutano da istituzione a istituzione.

Un approfondimento dell'organizzazione del FMI contribuisce a delineare i caratteri sempre più precari di una "costituzione" economica internazionale nella quale il principio dell'eguaglianza giuridica degli Stati e il ricorso all'unanimità come regola generale dell'assunzione delle decisioni, tipica delle organizzazioni internazionali, appare progressivamente superato<sup>55</sup>. Così alla pretesa di conservare la piena sovranità ed eguaglianza tra gli Stati è subentrata una normativa che si proponeva di rendere più agile e operativa questa istituzione ritenuta fondamentale per il funzionamento più efficace di un sistema capitalistico che, con l'avanzare dei processi di globalizzazione, ha subito una forte accelerazione. Il sistema di voto è fondato sulla sottoscrizione di quote di un capitale sociale complessivo sulla base di una formula matematica prestabilita in rapporto alla quale il voto attribuito ad ogni Stato è variabile e si aggiunge ai voti di base attribuiti ad ogni Stato. Il risultato di una successiva riforma è che oggi come ricorda Vellano, dei 187 Stati membri del FMI «33 Stati detengono da soli più del 60% dei diritti di voto, sette Stati sono intorno al 15% mentre i restanti centoquarantasei si dividono il rimanente 25 per cento»<sup>56</sup>. Si tratta come è evidente, di un sistema estremamente iniquo e squilibrato non tanto e non solo per quanto riguarda il rapporto reciproco fra gli Stati e le conseguenze che ne derivano per le strategie e le singole tattiche di alleanze in occasione del voto ma soprattutto per gli effetti che tale sperequazione produce per i cittadini e i lavoratori dei diversi Stati se si pensa che 96 Stati membri dell'FMI non raggiungono neanche lo 0,10% dei diritti di voto complessivamente considerati.

---

<sup>55</sup> Mi riferisco qui e di seguito alla ricostruzione di VELLANO, M., *Verso il superamento del principio della parità formale degli Stati nel governo dell'economia mondiale*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, cit, p. 154 e s.

<sup>56</sup> *Op. ult. cit.*, p. 158.

In questo contesto, le regole del mercato e della concorrenza con la nuova centralità della *lex mercatoria*, grande principio regolatore dell'ordine economico internazionale del nuovo secolo, hanno finito per accentuare e legittimare la *leadership* incontrastata del sistema finanziario internazionale. Ritenuta finora intoccabile perché protagonista della globalizzazione ad ogni livello territoriale la *tecnostuttura bancaria-finanziaria*, ha impedito ogni seria ed efficace riorganizzazione delle regole relative alla circolazione delle monete e dei più spregiudicati e raffinati strumenti della finanza creativa che, sostenuti da potenti lobbies, resistono anche alle intemperie della crisi economica montante ed ai blandi tentativi di riforma. Ed è questo certo il motivo del disinteresse o alternativamente del discredito, che acconcia scienziati, politici e media occidentali per le esperienze di Organizzazioni politico-economiche continentali o subcontinentali, oggi particolarmente attive in America latina, che come l'ALBA, la CELAC e l'UNASUR, pur restando all'interno del mercato mondiale, fanno dell'obiettivo dell'autonomia sovrana dalla triade OMC, FMI, BM e della solidarietà fra i paesi membri ed i rispettivi popoli, un'alternativa ben concreta alle ferree leggi della globalizzazione<sup>57</sup>.

Se si considera, a sua volta l'OMC, che è subentrata al GATT nel 1995, ci si imbatte al contrario, almeno sul piano formale, nell'affermazione del principio dell'uguaglianza giuridica degli Stati, dal momento che a ciascuno degli Stati membri spetta un voto. Questa regola implica che quando nella Conferenza dei Ministri e nel Consiglio generale le decisioni non vengono prese per consenso, la questione viene messa ai voti, seguendo formalmente il principio "uno Stato, un voto", e la controversia viene decisa, di regola, a maggioranza dei voti espressi che in alcuni casi può diventare una maggioranza di due terzi dei membri dell'organizzazione; una procedura diversa viene seguita invece nel procedimento di risoluzione delle controversie tra Stati, sulla cui efficacia i pareri sembrano apparentemente concordi.

---

<sup>57</sup> Eppure basterebbe leggere gli statuti di queste organizzazioni, abbandonando *bayas* ideologici o pregiudizi politici, che talora si colorano di razzismo per constatare – a partire dai primi venti principi fondamentali su cui si basa l'atto fondativo dell'ALBA-TCP (*Alleanza Bolivariana per i popoli della Nostra America – Trattato del Commercio tra i Popoli*) fondata nel 2005 – che il rigore budgettario, il contenimento della spesa pubblica esteso anche al regime dei servizi pubblici e più in generale a tutti i settori del *welfare state* il divieto di aiuti di Stato alle imprese e alle istituzioni di governo locale, ed infine, un sistema di banche centrali che impedisce ai governi degli Stati membri di condurre una politica economica in grado di favorire lo sviluppo e l'occupazione, (che, come è noto, sono le caratteristiche dell'UE), non rappresentano il destino naturale ed inevitabile di ogni alleanza economica di carattere continentale o sub-continentale. Al contrario, lo scambio tra le forniture di materie prime, fonti di energia e assistenza medica, ricerca scientifica, assistenza all'organizzazione dell'istruzione scolastica e universitaria, sembrano forme di scambio ineguale decisamente virtuose, in cui per una volta il valore d'uso prevale sul mero valore di scambio. Cfr. a proposito cfr. CORREGGIA, M. e FANTI, C., *L'alba dell'avvenire. Socialismo del XXI secolo e modelli di civiltà dal Venezuela e dall'America Latina*, Milano, Punto Rosso, 2008 nonché HATTINGH, S., *ALBA: Creating a Regional Alternative to Neo-liberalism*, 2008, in [venezuelanalysis.com/analysis/3154](http://venezuelanalysis.com/analysis/3154). Sulle diverse combinazioni possibili tra mercato e pianificazione cfr. GIORDANI, J., *La Transición venezolana al Socialismo*, Caracas, 2009, traduzione in italiano in corso.

Più in generale però il voto eguale, che viene espresso di regola nella procedura ordinaria da Stati di dimensioni geografiche con un numero di cittadini e con un peso economico molto diverso ha destato non poche perplessità, soprattutto perché i veti incrociati degli Stati rischiano talora di bloccare, per anni, importanti decisioni. Per reagire a questa situazione, la proposta di passare a procedure di voto ponderato sembra quindi una soluzione inevitabile.

La grave crisi finanziaria in corso ha diffuso fra i paesi politicamente ed economicamente egemoni più di un dubbio che la regolamentazione degli scambi internazionali, monitorata dalla OMC e dall'FMI, fosse da sola idonea ad assicurare un funzionamento ottimale o almeno accettabile di un sistema di scambi sempre più globale; d'altra parte, la prevalenza dei principi del mercato e della concorrenza, in assenza di strategie dirette a sostenere le economie più deboli, appare sempre meno idonea a difendere le economie dei paesi in crisi e soprattutto i loro fondi sovrani dalla speculazione e dal rischio di *default*.

In un contesto internazionale reso sempre più complesso dalla crisi finanziaria che rischia di diventare crisi strutturale dell'intero sistema capitalistico, l'alternativa politica alle strategie della triade FMI, OMC, BM, è apparsa perciò il rilancio e l'allargamento del Gruppo dei sette (cosiddetto G7), costituito nel '75, che si è venuto aprendo alla progressiva partecipazione di altri Stati fino ad arrivare all'attuale G20<sup>58</sup>; è infatti fuor di dubbio che la gravità delle crisi economiche che si sono succedute negli ultimi anni, ha imposto la partecipazione a tali gruppi, di paesi la cui presenza è apparsa indispensabile sia sul piano informativo e consultivo, sia per compiere scelte di indirizzo più idonee a proporre soluzioni efficaci per affrontare le crisi. Malgrado ciò, per una molteplicità di ragioni di grande rilievo, tra le quali vanno ricordate anche i rapporti non sempre facili né privi di contrasti fra le tradizionali organizzazioni economiche a vocazione universale e quelle di dimensioni e competenze continentali subcontinentali, (come UE, NAFTA, ASEAN, MERCOSUR), anche su questi Gruppi (dal G7 al G20) sui quali a causa della esilità della loro formula organizzativa si è aperto quel dibattito sul deficit democratico che è al centro delle analisi sull'attuale efficacia politica e sulla legittimazione costituzionale dell'UE. Anche perché, come si è già sottolineato, le organizzazioni economico-politiche nate nel subcontinente americano come l'ALBA, la CELAC e l'UNASUR, si contrappongono decisamente, sia pure con accenti diversi, alle scelte finanziarie e politico-sociali della triade OMC, FMI e BM<sup>59</sup>. Istituito per affrontare le nuove si-

---

<sup>58</sup> Fanno parte del G20: USA, Cina, Giappone, Germania, Francia, Regno Unito, Brasile, Italia, India, Canada, Russia, Australia, Messico, Corea del Sud, Turchia, Indonesia, Arabia Saudita, Argentina, Sudafrica e UE (nella quale non sono rappresentati, ovviamente, i paesi che ne figuravano membri prima dell'adesione dell'UE).

<sup>59</sup> Un esempio significativo di ferma contestazione del "rigore finanziario" delle "autorità globali" è il rifiuto dei governi Kirchner e Fernandez di far fronte ai debiti contratti dal paese nei confronti del FMI, in proposito cfr. NIELI, M., *La guerra tra le due Cristine: cosa succede davvero in Argentina e nel resto del*

tuazioni di incertezza nella gestione del sistema monetario dopo il crollo degli accordi di Bretton Woods, con il compito di monitorare le economie delle aree economiche più rilevanti e di proporre forme di coordinamento politico e soprattutto economico per favorire la stabilità del sistema finanziario internazionale il G7 ed il G20 con un peso maggiore collaborano col FMI anche predisponendo programmi di sostegno finanziario ai paesi in difficoltà. Sembra comunque che, senza sottovalutare differenze non marginali nelle strategie per affrontare le crisi finanziarie e le difficoltà dei fondi sovrani a resistere agli attacchi speculativi un elemento comune alla triade (OMC, FMI, BM) ed al G20 è l'intenzione, manifestata costantemente, di rafforzare il ruolo del mercato (compreso quello finanziario) anziché favorire accordi fra gli Stati che, soprattutto in caso di rischio di default ricorrano a strumenti diversi da quelli privatistici proponendo, ad esempio la rinegoziazione dei debiti contratti con organizzazioni finanziarie e bancarie internazionali. Sembra comunque che i dibattiti più recenti evidenzino un parallelismo fra una interpretazione 'mercantista' della crisi tutt'ora in atto e le soluzioni proposte. Anche quando vengono proposte strategie istituzionali e politiche di carattere non privatistico, fondate su accordi tra gli Stati o sulla intermediazione delle grandi organizzazioni internazionali (soprattutto l'FMI e l'OMC) si cerca sempre di interferire il meno possibile con il mercato e le sue pratiche<sup>60</sup>. Ciò spiega anche perché sia le istituzioni che i 'grandi' della UE (in particolare la Germania e la Francia ed in misura ancora maggiore la Gran Bretagna) hanno anche di recente manifestato perplessità e, anche per bocca delle Banche centrali, messo in atto forti opposizioni all'adozione comunitaria di strategie di salvataggio dai rischi di default di paesi in crisi. Così le "convergenze (quasi) parallele" tra le strategie delle istituzioni economiche a vocazione universale e quelle della UE – mi riferisco in particolare al rifiuto dell'FMI di divenire il prestatore di ultima istanza ai paesi in crisi ed agli ostacoli incontrati dalla dirigenza della BCE ad intervenire acquistando i bond dei paesi in difficoltà – sembrano la spiegazione più razionale di una carenza di legittimazione democratica ad entrambi i livelli.

In questo contesto così complesso è possibile e che senso ha parlare di una "costituzione materiale" dell'ordinamento economico internazionale? Lasciando da un canto, l'argomento di fondo valido sia per le costituzioni statali che per forme di

---

*mondo*: [albainformazione.wordpress.com/2012/10/09/la-guerra-tra-le-due-cristine](http://albainformazione.wordpress.com/2012/10/09/la-guerra-tra-le-due-cristine); sullo sfondo di questo "caso" c'è un'idea di politica economica internazionale che contesta la mera applicazione delle norme di diritto privato ai rapporti fra le organizzazioni economiche internazionali e gli Stati con il rischio che in caso di crisi economiche si minacci il default di uno Stato anziché ad esempio rinegoziare il rapporto debitorio. Una materia questa che richiederebbe una seria ed articolata riforma.

<sup>60</sup> Da una lettura attenta del saggio di MALAGUTI, M. C., *Se a fallire sono gli Stati*, in *Problemi e tendenze del Diritto Internazionale dell'Economia*, cit., p. 213 ed infra, ma soprattutto a p. 229, appare più che evidente che i soggetti che operano all'interno dei complessi sistemi di *governance* manifestano una evidente difficoltà a stabilire cosa significhi e implichi il concetto di 'bene comune' e tantomeno con quali strumenti esso possa essere promosso e tutelato.



organizzazione politico-istituzionali sovranazionali ed internazionali – ossia l'insostenibilità sia teorica e metodologica che politica di isolare un settore centrale per le sorti non solo di in paese ma anche di costellazioni sovranazionali ed internazionali dall'ordinamento politico-giuridico generale quale è l'economia – resta pur sempre il problema di individuarne contenuto e soggetti istituzionali e non, che ne rappresentano l'*hard core*.

Indubbiamente, il riferimento al mercato ed alla concorrenza ha rappresentato il principio ed il valore portante dei processi di globalizzazione che hanno attraversato tutti i settori e le istituzioni di governo dell'economia quali la moneta, la finanza, la banca, le merci, i servizi, ed infine i beni immateriali e tutta la vasta gamma di beni demaniali, di proprietà statale o sui quali gravano diritti di natura pubblicistica. La crisi finanziaria ed economica strisciante esplosa nell'ultimo quinquennio lascia intravedere l'emergere di nuovi principi e valori e di organizzazioni economiche internazionali che anche al di là dell'impegno politico e sociale delle ONG più combattive e critiche verso l'establishment economico-politico, mentre accrescono ulteriormente il pluralismo e la frammentarietà del sistema economico internazionale, rappresentano certo una controtendenza, ai processi di *mercatalizzazione* e *privatizzazione* che hanno costituito un elemento determinante della *global governance*. Soprattutto la tutela dell'ambiente e della salute e la salvaguardia dei diritti delle generazioni future appaiono oggi obiettivi che sfuggono agli imperativi dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità che sono stati imposti nell'agenda economica sia internazionale che statale.

La svolta del 1989 ha determinato un continuo processo di evoluzione di principi fondamentali, di norme di diritto internazionale dell'economia che, sullo sfondo delle ideologie e delle pratiche neoliberiste, ha acquisito un ruolo sempre più rilevante in un contesto in cui l'espansione del modo di produzione capitalistico ha trovato nelle compagnie multinazionali (definite a ragione *stateless corporations*), negli investimenti diretti esteri e nel ruolo montante della finanza internazionale, gli strumenti di espansione progressiva del mercato globale. Anche con riferimento all'ordine economico internazionale, *frammentarietà, pluralismo e ruolo determinante delle forze economiche private*, particolarmente evidente nel caso delle multinazionali<sup>61</sup>, rendono di fatto improbabile individuare nell'apparato normativo della triade OMC-FMI-BM, la costituzione economica internazionale "formale". Anche perché le organizzazioni economiche di dimensione continentale o subcontinentale (cosiddette

---

<sup>61</sup> In luogo di un'ampia bibliografia, ai fini dell'individuazione dell'impatto delle multinazionali sull'ordine economico sia interno che internazionale, cfr. STRANGE, S., *States and Markets*, London, 1988, secondo la quale "la capacità dello Stato di definire le regole del gioco economico e sociale è stata largamente erosa dal sopravvento di questi attori privati". Nonché almeno ANDREFF, W., *Le multinazionali globali*, Trieste, 2000; OMAHE, K., *L'Entreprise sans frontières*, Paris, 1991; COHEN, S., *La Résistance des Etats. Les démocraties face aux défis de la mondialisation*, Paris, 2003, soprattutto per il capitolo dedicato alle multinazionali come presa d'ostaggio reciproco fra Stato ed Imprese, p. 217 e ss.

*sector-organizations*) – e nel caso dell’UE, il fenomeno è di tutta evidenza – esprimono principi giuridici e una normativa di notevole mole e di non minore rilievo giuridico e politico che, come è stato più volte evidenziato, mentre risentono delle regole di livello universale, esercitano a loro volta una certa influenza nella formazione delle “regole del gioco internazionali” con un processo di doppio *feedback*. Si profila così un quadro in cui risulta particolarmente complesso definire contenuti e caratteri di una costituzione economica internazionale “materiale”. Proprio per questo sembra proficuo riferirsi al Mortati più maturo<sup>62</sup> che individua gli elementi fondanti di una costituzione materiale o in senso materiale, non solo nelle forze sociali prevalenti, ovviamente nella comunità nazionale, ma anche principi e valori che ne conformano il contenuto normativo. Se non si può certo negare infatti che Stati egemoni come gli USA e la Cina e la stessa Russia, che con l’ingresso nell’OMC ha consolidato la sua “sovranità economica” è altrettanto vero che i paesi BRICS (Brasile, Russia, India, Cina e Sudafrica) giocano anch’essi oggi un ruolo non marginale nel condizionare il *modus operandi* delle organizzazioni economiche e il consolidarsi di regole e prassi giuridiche a livello internazionale.

Se il punto di partenza di alcune considerazioni che sarebbe errato considerare conclusive, può essere oggi l’idea di Teubner<sup>63</sup> secondo il quale a livello globale

<sup>62</sup> ... rispetto alla notissima monografia del 1940, *La Costituzione in senso materiale* e ripubblicata in forma anastatica nel 1998 da Giuffrè con premessa di ZAGREBELSKY, G. Nel secondo dopoguerra, Mortati, che non ha mai voluto ripubblicare il volume perché la sua concezione originariamente anti-pluralista, che lo aveva indotto a definire il Partito Nazionale Fascista elemento fondante e portante del regime, l’autentica costituzione dello Stato fascista, ha rielaborato la sua teoria in senso decisamente pluralista, precisandola in modo riassuntivo nella voce *Costituzione (dottrine generali)* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, pp. 79-241, evidenziando ulteriormente il suo pensiero in *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. II, Milano, 1973, p.516 e ss. Sul rapporto tra le idee e le teorie costituzionali di Mortati e C. Schmitt, cfr. AMIRANTE, C. *La crisi del politico nell’era della globalizzazione: una rilettura critica di Carl Schmitt*, in *Scritti in onore di Antonino Pensavecchio Li Bassi*, Torino, 2005.

<sup>63</sup> TEUBNER, G., *Il costituzionalismo della società mondiale, cinque tesi sulle costituzioni proprie di spazi sociali trans-nazionali*, Relazione presentata al seminario *La sfida della transnazionalizzazione fra teoria delle fonti e dottrine della costituzione*, Enna, Maggio 2009, nonché *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005 ed infine, *Costituzionalizzare il politeismo*, in *Teoria Politica*, XXII, n. 2, 2006, pp. 163-171, e da ultimo *Nuovi conflitti costituzionali, Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Bruno Mondadori, Milano-Torino, 2012, un’analisi prevalentemente sociologica e sistemica (nel senso della teoria dei sistemi) delle forme più idonee ad una costituzionalizzazione sociale della società globale che, ripercorrendo a ritroso il costituzionalismo moderno pone al centro del suo approccio metodologico « la questione irrisolta del se e come la costituzione debba abbracciare anche ambiti sociali non statali » (p. 10) riproponendo ancora una volta una strategia fondata su « costituzioni sociali autonome » (p. 11). Proponendomi di ritornare sul tema con un’ampia analisi del volume l’ipotesi di inserire ordini costituzionali sociali autonomi in un sistema costituzionale statale, soprattutto se di tipo federale non è nuova e trova oggi nelle nuove costituzioni latinoamericane, ad esempio in quella venezuelana che riconosce e garantisce particolari forme di autonomia organizzativa alle comunità aborigene, piena attuazione. Per sottosistemi come l’impresa, l’ambiente, la salute il discorso è ben più complesso perché l’autonomia dispositiva, normativa ed organizzativa finirebbe per pietrifi-

non vi sarebbe un totale vuoto costituzionale che richiederebbe di essere riorganizzato dal nulla esistendo già reti di poteri sia pubblici che privati che dimostrerebbero il contrario, l'ordine costituzionale che ne risulta, è senza dubbio fortemente frammentato<sup>64</sup>, mentre sarebbe pressoché assente un costituzionalismo "sociale" e risulterebbe decisamente inadeguata la tutela dei diritti umani. A questa analisi – a cui si è fatto riferimento soprattutto perché si tratta di tesi note e discusse anche in ambito non accademico – sembra possibile rispondere in modo articolato. Per un verso, infatti, frammentazione, pluralismo e privatizzazione sono ritenuti valori prevalenti ed incontestabili, espressione del pensiero unico neoliberale che dall'inizio degli anni '90 ha lasciato via libera a nuove istituzioni e soprattutto alla grande galassia dei comitati e delle *authorities* ma anche a potenti *lobbies* finanziarie, bancarie e manageriali, nonché a soggetti privati come le "multinazionali" che per le loro dimensioni economiche ed il peso politico hanno svolto funzioni quasi istituzionali<sup>65</sup>; per un altro emergono contropunte sia a livello di singoli Stati che di organizzazioni economico-politiche come le già ricordate ALBA, UNASUR e CELAC che si propongono sulla scena internazionale come portatrici di principi e valori normativi diversi da quelli prevalenti nelle organizzazioni internazionali, in nome della solidarietà economica e sociale della tutela dell'ambiente, della salute e dei diritti di genere e delle minoranze.

Per individuare in questa fase una costituzione economica internazionale "materiale" di una situazione in continua evoluzione sembra oggi più che mai indispensabile il riferimento alle nuove forme che assume oggi il modo di produzione capitalistico in un contesto fortemente condizionato se non diretto, sia dalle lobbies finanziarie e dalle compagnie di rating che da una teconostruttura di cui il sistema delle banche centrali e una rete di comitati e organismi manageriali che hanno alle-

---

care rapporti di forza e *status* economico-sociali che sembrano meglio garantiti dagli attuali sistemi di diritti fondamentali, malgrado tutti i limiti di carattere legislativo, giurisprudenziale e sociale che, a mio avviso dipendono dalle forme che assume l'organizzazione costituzionale dello Stato e dei rapporti sociali nel modo di produzione capitalistico.

<sup>64</sup> TEUBNER, G., *Il costituzionalismo*, cit. p. 1 ed *infra*.

<sup>65</sup> In un recente volume BRUMMER, C., *Soft Law and Global Financial System. Rule Making in the 21<sup>st</sup> Century*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2012, pone in evidenza il ruolo di agenzie non statali nel processo di determinazione delle regole di *soft law* che condizionano il sistema finanziario globale, come ho anche io sostenuto in questo saggio sulla scorta di una opinione che accomuna gli autori più critici circa le origini dell'attuale crisi sistemica dell'intera economia capitalistica, visibile soprattutto nei paesi occidentali. Nella recensione a questo interessante volume, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n. 2, 2012, p. 663 e ss, in particolare a p. 670, PICONE richiama comunque l'attenzione sul « primato dei comportamenti statali » a favore del neoliberismo e in particolare della libertà di autoregolamentazione del sistema finanziario, il che consentirebbe agli Stati di cambiare rotta imboccando la difficile strada della demondializzazione dell'economia come sostengono autori come SAPIR e MONTEBOURG, allo scopo di favorire tendenze verso un sistema economico a dimensione ecologica e più attento al sostegno dei bisogni e dei diritti sociali (p. 674).

anze e relazioni quasi istituzionali con i governi dei paesi egemoni costituiscono nuovi soggetti determinanti<sup>66</sup>.

## § 5. La costituzionalizzazione dell'Unione europea

Se ci si interroga oggi sulle ragioni per cui è emersa l'ipotesi di costituzionalizzazione del diritto internazionale è innegabile che le tendenze più concrete di costituzionalizzazione di sub-sistemi internazionali (definiti continentali o regionali) si riferiscono all'esperienza comunitaria che, soprattutto secondo gli studiosi di ordinamento comunitario, per una serie di motivi culturali, politici e sociali, si presterebbe come più volte sottolineato dalla Corte europea di giustizia con il supporto dalla dottrina, a dar vita ad una vera e propria costituzione sovranazionale e accogliendo e rielaborando principi, regole, istituti e diritti comuni alle costituzioni dei paesi membri<sup>67</sup>. Questa tendenza, per più versi, si collega all'idea, o se si preferisce alla teoria, del progressivo delinarsi di un *multilevel constitutionalism*, cioè di una rete di principi e norme in funzione di coordinamento fra il livello nazionale, identificato dall'inquietante lemma *municipal constitution*<sup>68</sup> quello *regionale-continentale* e quello *globale-universale*<sup>69</sup>.

Se si passa dall'ipotesi dell'esistenza (attuale o in formazione) di una costituzione internazionale a quella della cosiddetta «costituzione europea» il discorso diviene per un verso più concreto e per un altro ancora più rilevante, soprattutto per quanto riguarda i rapporti fra «costituzione europea» e costituzione dei paesi membri dell'Unione europea. Come ho già ricordato all'inizio anche per quanto ri-

---

<sup>66</sup> Per quanto riguarda la letteratura italiana fondamentale in questa direzione è l'intuizione metodologica di PICONE, P., in *Diritto Internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, cit., che suggeriva di andare al di là dei percorsi tradizionali della materia, ondeggiante fra l'approccio metodologico esclusivamente pubblicistico e quello che include anche gli strumenti di diritto privato, tesi che l'autore ha ripreso ed articolato ulteriormente in un contesto internazionale notevolmente mutato.

<sup>67</sup> MADURO, P., è l'autore che, pur non nascondendosi da costituzionalista, perplessità e problemi che sorgono sul cammino di una costituzione europea pienamente e democraticamente legittimata dai cittadini dell'Unione, non manca di indicare le ragioni a favore di una realizzazione del processo di costituzionalizzazione della UE, come lo strumento più idoneo a superare gli scetticismi che costellano il processo di integrazione comunitaria in *The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism*, in *International Journal of Law*, 3, 2-3, 2005. Nello stesso senso HABERMAS, J., *Perché l'Europa ha bisogno di una costituzione*, in ZAGREBELSKY, G., *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003, p. 94.

<sup>68</sup> Espressione usata da SCHILLING, *op. cit.*, p. 4 ed *infra*.

<sup>69</sup> Lo afferma esplicitamente MADURO, P., *The Constitutional Challenge of Globalization – Protecting Common Values*, in [www.coe.int](http://www.coe.int), secondo il quale « lo sviluppo di forme di integrazione regionale può essere inteso come una tappa intermedia del percorso di politica globale che può assumere la forma costituzionale sperimentata dai sistemi regionali ».

guarda l'idea, il movimento, o se si preferisce il processo di costituzionalizzazione dell'UE è opportuno distinguere fra le teorie, le proposte, le aspirazioni e infine il tentativo fallito di ottenere la ratifica del "Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa" e la possibilità di considerare comunque l'attuale trattato di Lisbona la "Costituzione europea"<sup>70</sup>. L'idea di dare all'Europa una vera e propria costituzione non è certo recente e, se si vuole, è la proiezione istituzionale del movimento federalista europeo che trova le sue radici più nobili nel Manifesto di Ventotene di Spinelli e Rossi. Tale aspirazione sembrava essere, dalla ratifica dell'Atto unico europeo in poi, la soluzione più idonea a sancire il passaggio dalle singole Comunità economiche e dal mercato unico europeo ad un'Unione politica che si proponesse di andare al di là di un'unione soprattutto commerciale, economica e successivamente monetaria. Questa costituzione doveva avere infatti la duplice funzione di legittimare la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno e di dare un rilievo formale alla "cittadinanza europea" attraverso il riconoscimento di diritti e doveri analoghi a quelli garantiti dalle costituzioni nazionali. Se i costituzionalisti tedeschi si sono impegnati più di altri sul tema è stato Peter Häberle prima e più di altri a fare chiarezza, distinguendo tre modi diversi di intendere il costituzionalismo europeo (o se si preferisce comunitario); innanzitutto l'insieme dei trattati e dei principi che la Corte europea di giustizia considera la Costituzione europea<sup>71</sup>; in secondo luogo le norme delle Costituzioni dei paesi membri che regolano i rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario; ed in fine, il diritto costituzionale europeo comparato, (ossia, lo studio delle costituzioni dei paesi membri della UE). L'opportuna distinzione che dovrebbe costituire la base per una discussione razionale e scientificamente corretta del tema *costituzionalismo e costituzione europea*, non sempre, però, è stata seguita nella bibliografia, ormai molto ricca in proposito e tanto meno dal mondo politico. Certo fra i tre approcci teorici ed analitici non mancano elementi comuni; ma essi vanno tenuti comunque distinti soprattutto ai fini della presente riflessione, tesa ad individuare la natura giuridica, i contenuti di una Costituzione europea, soprattutto per quanto riguarda le conseguenze per le

---

<sup>70</sup> Per un'analisi critica dell'attuale fase del sistema istituzionale comunitario in continua evoluzione cfr. VESPAZIANI, A., *Lisbon story: ascesa della democrazia parlamentare o eclissi del federalismo europeo?* In *Res Publica*, n 1, 2011, p. 67 e ss., pur sottolineando qualche miglioramento nell'organizzazione istituzionale prevista dal nuovo trattato, V. da un lato stigmatizza la visione della Corte europea di giustizia, che nel sottolineare lo scarso rilievo della partecipazione dei cittadini a forme di autogoverno manifesta «una visione che pare più il ricordo dello Stato assoluto che non la proiezione delle contemporanee costituzioni pluralistiche», dall'altro individua ben sette «perdite costituzionali» del trattato di Lisbona che vanno dalla stessa denominazione del trattato al metodo deliberativo, dal processo di ratifica ai simboli quali la bandiera e l'inno, dalla clausola di supremazia del diritto comunitario sui diritti nazionali al riordino delle fonti per non parlare della minore visibilità della Carta europea dei diritti fondamentali (p. 79).

<sup>71</sup> ... anche per legittimare in tal modo il suo ruolo di Corte costituzionale dell'Unione europea che nessun trattato le ha formalmente attribuito.

costituzioni degli Stati membri di una costituzione europea sia pure intesa in senso materiale, destinata a prevalere sulle costituzioni dei paesi membri. Proprio per questo non sono mancati, come è noto, perplessità e dubbi tra i cittadini europei derivanti dalla carenza nei Trattati comunitari degli elementi tipici del costituzionalismo democratico e cioè l'assenza di un'assemblea costituente, di un popolo europeo che, come è avvenuto nella formazione degli Stati nazionali, si riconoscesse pienamente in una matrice culturale, etnica, politica e religiosa, ma anche e forse soprattutto economica e sociale comune e soprattutto un governo europeo pienamente responsabile delle scelte strategiche dell'UE. A ciò si aggiunge – e questo spiega la ridotta partecipazione dei cittadini alle relative elezioni – che essi non si sentono rappresentati da un parlamento comunitario costituito da partiti europei e non dalla somma dei deputati eletti dai cittadini dei singoli paesi e successivamente riuniti, in realtà in coalizioni di precaria affinità ideale, culturale, sociale e politica.

Dunque, ben prima che i referendum francese e olandese respingessero come *costituzione formale* e pienamente legittimata, un trattato che si proponeva di realizzare una svolta politica al processo di integrazione europea, le discussioni sia dottrinarie che politiche – circa l'opportunità per un'Unione europea a dominanza economica e monetaria di essere la Costituzione dei cittadini europei in una prospettiva di sovraordinazione rispetto alle costituzioni dei paesi membri – avevano diviso studiosi, politici e cittadini. Da un lato, infatti, la giurisprudenza della Corte europea di giustizia, affermando il principio della prevalenza sia del diritto comunitario primario (i trattati) sia di quello secondario (regolamenti e direttive) rispetto alle costituzioni ed alla legislazione degli Stati membri, soprattutto ergendosi a tutrice dei diritti fondamentali dei cittadini si era “incoronata” Corte costituzionale della UE (il che presupponeva ovviamente l'esistenza di una costituzione europea, sia pure “materiale” e non “formale”). Dall'altro, le resistenze del tribunale costituzionale federale tedesco e della Corte costituzionale italiana (e successivamente di altre corti europee), quali garanti del primato della Costituzione nazionale a difesa del principio di sovranità e delle rispettive autonomie giurisdizionali, si sono progressivamente attenute a quel complesso di rigidi vincoli alle politiche economiche dei paesi membri imposti dai patti di stabilità, richiedendo tutt'al più che le scelte di Bruxelles fossero avallate dai parlamenti nazionali, e dichiarandosi favorevoli alla formazione di principi di diritto “costituzionale comune”, attraverso il consolidamento della prassi del dialogo con la Corte europea di giustizia<sup>72</sup>. L'inserimento nell'art. 6 del Trattato di Amsterdam del principio per cui: «l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto [...]». L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

---

<sup>72</sup> In proposito cfr. da ultimo, GERBASI, G., *L'Europa delle corti e i diritti fondamentali. Una prospettiva costituzional-comparativistica*, Cosenza, Edizioni Periferia, 2012, ed ivi bibliografia.

fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario<sup>73</sup>. L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche», secondo le posizioni più ottimistiche sarebbe stato sufficiente a ribaltare la natura e il carattere prevalentemente economicistico-monetaristico dell'ordinamento comunitario primario e della stessa "cittadinanza europea".

Malgrado i commenti entusiastici dei comunitaristi, degli amministrativisti e di una parte sia pure numericamente limitata di costituzionalisti – convinti che affermazioni di principio come quella dell'art. 6 con il supporto della giurisprudenza della Corte europea di giustizia a proposito delle quattro libertà economiche e dei classici diritti di libertà garantissero ai cittadini europei una compensazione sufficiente dei rischi di delegittimazione delle costituzioni nazionali per effetto del principio di prevalenza di trattati-costituzione – l'*hard core* della "Costituzione europea" restano il mercato e la concorrenza: si badi bene il mercato, non il modo di produzione capitalistico, con la conseguenza di obliterarne la dimensione politica e sociale. Per convincersene, al di là di ogni dubbio sarebbe bastato ripercorrere con Bernard Cassen il testo del cosiddetto trattato costituzionale per rendersi conto dell'inequivocabile risposta che viene da una indagine realizzata con il computer: "in 202 pagine del testo principale si rinvencono 176 volte la parola banca o i suoi derivati, 88 volte la parola mercato, 38 commercio, 29 concorrenza, 23 capitale, e 11 beni"<sup>74</sup>. La domanda che non si sono posti né gli autori dei trattati comunitari né i tanti "euroottimisti" e che oggi è al centro del dibattito sulla crisi dell'Euro e sulle sue conseguenze economiche e sociali soprattutto per i paesi dell'Europa meridionale è «come ed in che misura sia compatibile con il principio democratico la previsione di banche centrali ed in genere di istituzioni dotate di indipendenza dal potere politico»<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Corsivo mio.

<sup>74</sup> Traduzione libera di CASSEN, B., *Europe: No it is not a disaster*, edizione inglese di Le Monde Diplomatique, aprile 2005.

<sup>75</sup> Se lo chiede PASTORI, G., *Poteri delle Banche Centrali e principio democratico*, in Banche Centrali e principio democratico, Jovene, Napoli, 2007, a cura di STAIANO, S., con un'analisi che privilegia l'approccio normativo-istituzionale. Di particolare rilievo critico sono i contributi di CAMA, PANICO/RIZZA, ivi rispettivamente, p. 35 e 59, e di PITTALUGA, p. 133 e ss, saggi che indagano i diversi obiettivi ed effetti economici e sociali, conseguenza dei diversi significati, obiettivi e funzioni delle indipendenza delle banche centrali, mostrando le conseguenze negative che l'indeterminatezza e l'assolutezza dell'autonomia e dell'indipendenza di tali banche per i lavoratori, le imprese ed i cittadini. In effetti, se alle variabili del modo di intendere l'indipendenza delle banche centrali indicate da PANICO e RIZZA a p. 39 e cioè « l'indipendenza sugli obiettivi, sulle priorità, sugli strumenti, sulla emissione monetaria e del personale » se ne aggiungono altre che riguardano i soggetti istituzionali e non, ossia il governo, il parlamento, l'occupazione, il sostegno, a condizioni favorevoli, alle imprese, alle famiglie, alle regioni e agli enti locali divengono più che chiare le cause dell'attuale crisi recessiva, a fronte di un'efficacia più che dubbia delle politiche delle Banche Centrali dei paesi membri della UE, in esecuzione di quelle imposte a sua volta dalla BCE, rispetto alla finanza creativa e alla speculazione finanziaria internazionale. Sugli aspetti costituzionali del tema cfr.: SICLARI, D., *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*,

In realtà sia la latente riserva del tribunale federale costituzionale tedesco di intervenire a favore di una tutela effettiva dei diritti fondamentali dei cittadini tedeschi, qualora fossero minacciati dalla normativa comunitaria, sia il suo rifiuto di legittimare l'appropriazione della Corte europea, della “competenza delle competenze” ed in particolare dell'allargamento arbitrario delle competenze comunitarie ai danni delle istituzioni rappresentative<sup>76</sup>, sia la “teoria dei contro-limiti” elaborata dalla Corte italiana non sono certo riuscite a rimuovere nessuno dei tre deficit che oggi più che mai pesano come una spada di Damocle sul capo dei cittadini europei: *il deficit democratico (a), il deficit sociale (b) ed il deficit internazionale (c).*

a) Per quanto riguarda il *deficit democratico*, le tesi degli eurottimisti, prevalenti nel nostro paese tra gli studiosi di diritto comunitario e diritto amministrativo, mentre sottolineano il carattere rappresentativo, sia pure derivato, delle istituzioni comunitarie ed in particolare del Consiglio dei ministri della UE e del parlamento europeo, riaffermano con forza la superiorità del sistema di *governance*, fondato su di una cooperazione fra la Commissione, il sistema di comitati, la comitatologia e la BCE; in questo contesto sia sul piano giuridico che su quello più squisitamente politico al Parlamento e al governo europeo finisce per restare, pur con importanti eccezioni, un potere residuale di interdizione quasi sempre a favore di uno o più paesi egemoni della UE, soprattutto gli Stati egemoni del processo di globalizzazione come la RFT e in qualche misura la GB e la Francia.

Sul tema del deficit democratico non di rado hanno pesato gravi fraintendimenti, frutto di visioni parziali della realtà. Infatti per definire la portata e la gravità del deficit democratico europeo non ci si può limitare, come avviene sovente ad indicare la carenza di legittimazione democratica del triangolo istituzionale – Commissione, Consiglio dei Ministri, Parlamento europeo – sottolineando magari la limitata trasparenza dei processi decisionali del Consiglio e la sostanziale assenza della sua responsabilità politica di fronte al Parlamento, senza dimenticare il diverso peso degli Stati in tutti i casi di voto ponderato, che si riflette sui diritti ed i doveri dei rispettivi cittadini e lavoratori.

È assai più significativa infatti, la subordinazione dei governi e dei parlamenti degli Stati membri alle decisioni di Bruxelles che col patto di stabilità ed un controllo sempre più capillare della spesa pubblica e del budget dei paesi membri, ed ora

---

CEDAM, Padova, 2007, che si segnala per gli ampi riferimenti bibliografici e per un'altrattanto ampia sezione dedicata alla BCE e alle più significative esperienze europee.

<sup>76</sup> In proposito cfr. la dura critica di HERZOG, R., già presidente del tribunale costituzionale tedesco e Presidente della Repubblica Federale di Germania, alla Corte europea di giustizia nel saggio a firma sua e di GERKEN, L., *Fermate la Corte europea di giustizia, le competenze degli Stati membri vengono conculcate. I giudizi sempre più discutibili della Corte di Lussemburgo suggeriscono l'esigenza di un controllo di carattere giudiziario*, pubblicato in lingua tedesca con grande rilievo l'8 settembre 2008 dalla *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, uno dei più autorevoli quotidiani tedeschi e pubblicato in italiano con introduzione di AMIRANTE, C. e BARLETTA, A., dal titolo: *Il futuro dell'UE fra rilancio della politica e revisione del patto di stabilità*, nell'inserito mensile del *Quotidiano Il Denaro*, anno XVIII, 2008.



con il *fiscal compact*, impone ad essi scelte che ricadono, ancora una volta, sui diritti e sugli interessi dei rispettivi cittadini.

Il cosiddetto sistema della *sovranità condivisa* (che consiste nel prendere con altri Stati ed i loro governi, non sempre sulla base dello stesso potere decisionale, scelte strategiche un tempo riservate al singolo Stato) costituisce indubbiamente parte integrante del sistema di *governance* comunitaria che vede nelle istituzioni di Bruxelles la fonte di un processo decisionale di cui le istituzioni rappresentative (soprattutto i parlamenti sia nazionali che regionali) dei paesi membri e dei loro governi, costituiscono i terminali che, malgrado le innovazioni previste dai trattati giocano un ruolo tutt'ora marginale nel *decision making* comunitario. Certo, i governi dei paesi membri che costituiscono il Consiglio dei ministri della UE non mancano di far valere i loro interessi sia strategici che settoriali, soprattutto nei casi nei quali risultino irrinunciabili. Ma ciò che ne limita nel processo decisionale quotidiano il potere di scelta o di interdizione rispetto alle decisioni di organi solo per definizione "neutri" quali la BCE, la Commissione, i Comitati e la Comitologia, sono le opzioni politico-economiche fissate dai trattati, dai regolamenti e dalle direttive comunitarie che, in nome dei principi del mercato e della concorrenza, fanno riferimento a scelte imputate a micro-settori del mercato e delle attività amministrative. Tali settori estremamente frazionati in pratica operano ignorando del tutto le conseguenze spesso diverse da paese a paese delle decisioni comunitarie per i rispettivi campi economici e sociali dei Stati membri e per conseguenza dei lavoratori e dei cittadini.

Malgrado le più recenti decisioni della BCE e dell'Eurogruppo, a favore dei paesi con il debito pubblico più a rischio e con crisi occupazionale e più grave e più in generale dell'intero sistema economico, come è il caso della Grecia, ma in misura diversa anche del Portogallo, dell'Irlanda, della Spagna e in qualche modo anche dell'Italia, ancora oggi la prevalenza del carattere tendenzialmente negativo del processo di integrazione europea all'insegna dei principi del mercato e della concorrenza e l'inadeguatezza del budget comunitario come strumento di ipotetico riequilibrio economico fra i paesi membri e le loro regioni, sono un impedimento insuperabile alla scelta di strategie in grado di rilanciare le economie in crisi di sviluppo e di occupazione.

La strumentazione istituzionale nella quale si concreta la *governance* europea è ambigua ed assieme paradossale anche perché i paesi egemoni della UE ed in particolare la RFT, la Francia e il Regno Unito, sia pure in modo e con un peso diverso, come si è già ricordato, giocano un ruolo non marginale nei processi di globalizzazione finanziaria ed economica. Da un lato infatti il Consiglio dei ministri bloccato dai veti incrociati dei "soci fondatori" ed in particolare della RFT, ma anche del Regno Unito i cui interessi e le cui strategie convergono non di rado con quelli dell'alleato-concorrente USA, non è in grado di progettare un indirizzo politico unitario adeguato alle esigenze economico-sociali degli Stati membri (e soprattutto dei loro cittadini) meno influenti sul piano internazionale; dall'altro i paesi membri non ri-

cevedo dalla politiche comunitarie stimoli e strumenti idonei a risolvere i principali problemi interni (dalla disoccupazione al rilancio dello sviluppo economico, dall'innovazione scientifico-tecnologica, ai compiti di *welfare state* e di redistribuzione), trovano nei criteri di Maastricht, e nel patto di stabilità e in controlli *budgettari* sempre più occhiuti (operati sia dalla Commissione che dal FMI) ed ora nel *fiscal compact* un ostacolo ormai insormontabile per efficaci politiche economiche e sociali a livello nazionale.

La crisi in corso che assume sempre più decisamente i caratteri di crisi strutturale segna il fallimento della *governance* europea – il cuore del sistema dei trattati che aspirano a definirsi costituzione – come sistema a dominanza tecno-burocratica di gestione delle politiche (non solo economiche) comunitarie<sup>77</sup>. La gravità e radicalità della crisi dell'euro, strettamente interconnessa con il debito pubblico di numerosi paesi membri con un impatto preoccupante sui fondi sovrani ha posto in evidenza il conflitto ormai sempre più dilagante fra i rigori dell'apparato tecno-burocratico e i contrasti nel Consiglio dei ministri che si trovano fra la Scilla delle regole comunitarie e la Cariddi delle crisi finanziarie ed economiche interne, perché l'assenza di un concreto impegno comunitario tanto a favore dell'occupazione e dello sviluppo che dei diritti sociali crea un processo di delegittimazione che investe sia l'Unione europea che i governi nazionali, finendo per mettere in crisi la tanto decantata efficacia della *governance comunitaria*.

b) Il *deficit sociale*, è innanzitutto conseguenza di un processo di integrazione prevalentemente negativo, già latente nelle fasi che hanno preceduto la crisi economica e politica dell'ultimo decennio; esso non può essere perciò addossato ai soli governi nazionali anche se in molti casi non privi di responsabilità, ma alla stessa dinamica politica europea che mentre attribuisce alle istituzioni comunitarie il compito di difendere il mercato, la concorrenza e l'euro, relega ai governi dei singoli Stati il compito di favorire lo sviluppo l'occupazione, la redistribuzione del reddito ed i diritti sociali, rispettando però, le regole fissate con rigore a livello comunitario. Ciò che rappresenta quello che oggi sembra un ostacolo insormontabile nell'attuale fase di crisi è l'esclusione del lavoro e dell'occupazione dai settori di competenza diretta dell'UE; quando dai criteri di Maastricht che gli Stati membri si impegnavano a rispettare venne escluso il lavoro (in particolare l'obbligo per gli Stati di promuovere l'occupazione) respingendo la proposta di Delors la sua natura di mera merce accanto alle altre segnò il destino dei lavoratori comunitari, e, a maggior ragione, di quelli extracomunitari. La conseguenza è stata che la flessibilità, la riduzione salariale, il regime sempre più precario dei contratti di lavoro da un la-

---

<sup>77</sup> Le ambiguità delle politiche comunitarie che si riflettono in carenza di legittimazione democratica e di una identificazione dei cittadini in una "costituzione europea", comunque intesa erano già state però individuate per tempo da LANKOWSKI, A. W., *Europe's Ambiguous Identity: Conflict and Consensus in the Post-Maastricht Era*, Lynne Rienner, 1997.

to, e il regime fiscale dall'altro, hanno costituito e continuano tutt'ora ad essere i settori nei quali la concorrenza al ribasso ha svolto un ruolo determinante a sfavore dei lavoratori di quei paesi dove, malgrado tutto, resiste una qualche tutela salariale e sociale del lavoro.

c) Il terzo deficit dell'UE, oggi anch'esso più evidente che mai è quello che definirei il *deficit internazionale*. Senza esaminare in modo approfondito qui un aspetto che pure è importante su un piano preliminare, molto discusso tra comunitaristi e internazionalisti, della doppia natura dell'UE come organizzazione economico-monetaria-politica fondata sui trattati a cui gli Stati aderiscono sulla base di criteri che la stessa Unione predetermina in modo più o meno rigoroso e un *quid novi* che in effetti sia i costituzionalisti che gli internazionalisti e i comunitaristi si sono impegnati invano a definire, si è preferito perciò attribuire alla UE caratteri peculiari e natura giuridica e istituzionale la più diversa; sembra comunque che la definizione più ricorrente e forse più vicina alla realtà è quella di una confederazione di Stati con poteri, caratteri e funzioni del tutto peculiari, ma spesso evanescenti perché i paesi egemoni preferiscono decidere "da soli".

Questo deficit è dovuto a cause così evidenti da non richiedere un lungo discorso; la prima è certamente il desiderio soprattutto degli Stati egemoni – che come si è già ricordato giocano un ruolo non marginale nelle organizzazioni internazionali a vocazione universale – di non rinunciare alla loro autonomia anche a livello continentale-regionale. D'altra parte, per quanto riguarda i rapporti fra Unione europea, altre organizzazioni economiche regionali o singoli Stati internazionalmente egemoni come gli USA, la Cina, la Russia senza dimenticare paesi emergenti come l'India ed il Brasile, non sarebbe facile individuare e giustificare politicamente di fronte ai rispettivi cittadini criteri di ponderazione riferiti al numero dei cittadini o al peso economico di un paese anche perché non sarebbe facilmente giustificabile l'imposizione di criteri di ponderazione di voto legati al numero dei cittadini di ciascuno Stato membro o alla sua rilevanza economica. Se una tale assenza ha favorito inevitabilmente tutte le ambiguità connesse ad interventi di *peacekeeping* – ai quali hanno partecipato truppe, mezzi bellici ed armi di paesi membri dell'UE in conseguenza di autorizzazioni dell'ONU o in ambito NATO senza che risultasse spesso in alcun modo chiaro in che misura l'UE in quanto tale fosse partecipe sia pure nei termini di una generica legittimazione politica del singolo intervento – diviene ancora più complesso per quanto riguarda l'agenda dei rapporti finanziari ed economici di uno o più paesi membri UE, ed in particolare dei c.d. Grandi della UE, definire in che misura coinvolgono direttamente o indirettamente la stessa Unione e le decisioni dei suoi organi e istituzioni.

## § 6. Considerazioni conclusive: gli effetti devastanti della delegittimazione delle costituzioni nazionali

La crisi dell'euro e l'inadeguatezza ormai conclamata degli strumenti e delle politiche imposte da Bruxelles ai paesi membri, sono divenute innegabili. Come grandi economisti di orientamento keinesiano come Krugman e Stiglitz<sup>78</sup>, hanno più volte messo in evidenza, le politiche di rigore budgettario, i drastici tagli della spesa pubblica, le privatizzazioni, la progressiva flessibilizzazione del mercato del lavoro, le riduzioni salariali, mentre non sono riuscite ad impedire, se non temporaneamente ed in misura non decisiva, la stabilizzazione dello spread e le minacce ai fondi sovrani, rischiano di rinviare ad un futuro sempre più incerto e lontano il rilancio dell'economia, la ripresa dell'occupazione e la domanda interna di beni e servizi. In realtà con la riduzione del comparto pubblico e il taglio della spesa si è prodotto il fallimento di piccole e medie imprese ed una contrazione della domanda che sta coinvolgendo l'intera economia comunitaria minacciando di *default* un paese come la Grecia<sup>79</sup> con la conseguenza di coinvolgere altri paesi come la Spagna, l'Irlanda e il Portogallo. Se, come ha dimostrato con grande efficacia Giuseppe Guarino<sup>80</sup>, la Comunità europea fino all'Atto unico europeo ha favorito sviluppo economico, occupazione, il *welfare state* ed una certa misura di sicurezza sociale di un paese come il nostro<sup>81</sup>, la scelta di affrontare disarmati il mare aperto della globalizzazione affidandosi alla caravella dell'euro è risultata tutt'altro che felice. Anche perché le peculiarità del sistema economico nazionale – come gli squilibri nord-sud, aggravati dall'uso sciagurato dei fondi comunitari, il ruolo determinante della piccola e media impresa e l'esistenza di una grossa area di economia sommersa o criminale, l'inefficienza della PA ed un carico fiscale eccessivo (che grava soprattutto su operai, precari ed impiegati) – hanno reso difficile tenere il passo di paesi come la Germania, la Francia ed i paesi scandinavi. Malgrado i tentativi di varare una

---

<sup>78</sup> Per quanto riguarda KRUGMAN, P., cfr. fra i molti recenti contributi critici di tenore keinesiano, *Il ritorno dell'economia della depressione e la crisi del 2008*, Milano, 2009, da ultimo, *Fuori da questa crisi adesso*, Milano, 2012; di STIGLITZ, J. E., cfr. almeno *I ruggenti anni Novanta. Lo scandalo della finanza e il futuro dell'economia*, Torino, 2004 e da ultimo *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, New York and London, 2012.

<sup>79</sup> Sull'incapacità sia dei governi degli Stati membri della UE che della stessa UE a porre in essere ricette adeguate alla gravità della crisi economica 'neoliberale' cfr. il quaderno numero 4, 2010 di *Kritische Justiz* ed in particolare l'articolo di BUKEL, S., FISCHER-LESCANO, A., OBERNDORFER, L., *Postneoliberale Rechtsordnung? - Suchprozesse in der Krise. Einleitung in den Schwerpunkt*, p. 375 e ss., e con specifico riferimento al caso greco cfr. quaderno n. 3, 2010 di *Kritische Justiz*, FISAHN, A., *Griechenland und die Perspektiven der EU*, p. 248 e ss.

<sup>80</sup> Cfr. da ultimo *Diritto ed economia l'Italia, l'Europa, il mondo*, in *Quaderni di Economia Italiana*, ed in particolare il saggio *Stato Sociale e sviluppo in Italia (1945-1992): notazioni ed ipotesi*, 2011, pp. 117-152.

<sup>81</sup> Non va comunque certo mitizzato quel periodo ultraventennale che va dagli anni '50 agli anni '70 come ricorda JUDT, T., *Guasto è il mondo*, Roma-Bari, 2012, con considerazioni che rappresentano l'argomentazione di fondo del capitolo II, dal titolo: *Il mondo che abbiamo perduto*, p. 33 e ss.

costituzione europea che raccogliesse le tradizioni politiche e culturali del costituzionalismo del '900, idea di cui si fa portavoce un recente volume di Armin von Bogdandy<sup>82</sup>, sia la Costituzione formale dell'UE – ammettendo pure che il Trattato di Bruxelles in corso di ratifica possa essere definito tale – sia la “Costituzione materiale”, ossia il complesso apparato normativo ed istituzionale della UE ed il *modus operandi* delle istituzioni comunitarie, sembrano sempre più lontani, agli occhi dei cittadini, da una convincente legittimazione democratica.

In effetti, il complesso di innovazioni normative ed istituzionali già entrate in vigore o in attesa di entrarvi, dall'*Euro plus Pact* o Patto per l'Euro, all'*European System of Financial Supervision* (al quale è subentrato il più noto *European Stability Mechanism*, l'ESM) e più in generale il Trattato di Bruxelles, altro non fanno se non rafforzare ulteriormente la *governance* monetaria e budgetaria aggravando ed accentuando disoccupazione, emarginazione sociale ed una pauperizzazione che, in particolare nel nostro paese, ha raggiunto strati sempre più vasti dei ceti medi. A fronte delle nuove misure, ritenute più idonee di quelle finora vigenti ad evitare ulteriori rischi di instabilità monetaria, finanziaria e soprattutto budgetaria, non sono previsti né sembrano prevedibili cambiamenti di rotta in grado di favorire crescita economica, ripresa della domanda di beni e servizi e tantomeno l'occupazione. Per di più, come fa rilevare anche Giacinto della Cananea, la nuova dimensione normativa ed istituzionale dell'UE conferma e consolida, a ben vedere, quella che si dimostra ancora una volta una caratteristica dell'ordinamento internazionale generale e ancor più della cd costituzione economica internazionale: la disuguaglianza di fatto degli Stati a fronte di una proclamata uguaglianza formale. Non si tratta solo della rilevante differenza fra i *paesi euro* e quelli che non lo sono, giacché i diversi livelli, forme e, direi, disparità nei diritti e negli obblighi dei paesi in procinto di divenire membri dell'UE, rendono ancora più audace attribuire natura costituzionale al sistema normativo comunitario.

A ribadire il senso e la dimensione delle più recenti innovazioni istituzionali e normative – e soprattutto la loro estraneità ad ogni ipotesi di attenuazione del deficit democratico<sup>83</sup> – va ricordato innanzitutto che dalle procedure di ratifica dei trattati e da accordi intergovernativi è stato escluso il referendum popolare; in secondo luogo, (e ciò aggrava ulteriormente la sostanziale dipendenza dalla troika dei paesi dell'area Euro che svolge un ruolo di *leadership* all'interno delle relazioni intergover-

---

<sup>82</sup> *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, su cui cfr. la mia recensione in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 3/2012.

<sup>83</sup> Per un'analisi recente del dibattito sia costituzionalistico che internazionalistico sul concetto di democrazia sia in ambito comunitario che internazionale *tout court* cfr. il recente volume di RUSSO, T., *Deficit e anti-deficit democratico dell'Unione europea*, Università di Salerno, 2011, che si segnala anche per l'ampio corredo bibliografico e l'indice analitico alfabetico. Su questo volume ricevuto direttamente dall'autrice quando il lavoro era in corso di stampa, mi propongo di ritornare in seguito, soprattutto per approfondire consonanze e differenze nelle diverse analisi disciplinari.

native dei paesi che hanno maggiormente risentito della crisi economica), va menzionata l'impossibilità di ottenere il sostegno finanziario previsto dall'ESM, il sistema chiamato a garantire la stabilità economica, senza aver ratificato il Trattato di Bruxelles, cosa che si traduce in un ricatto sia economico che politico.

Infine, mentre il Parlamento europeo non esce in alcun modo consolidato dalle innovazioni istituzionali in corso<sup>84</sup>, i parlamenti nazionali vengono coinvolti, però, nel *management* della crisi, supportati da commissioni competenti in materia di bilanci pubblici<sup>85</sup>, ciò che ribadisce le priorità della messa in sicurezza dell'euro, della spesa pubblica e della *spending review*, rispetto ai diritti e alle esigenze dei lavoratori e dei cittadini comunitari.

Se ciò che si è ricordato finora non fosse sufficiente ad evidenziare il processo di strisciante decostituzionalizzazione del diritto interno – conseguente alla ipotetica costituzionalizzazione dei diritti sia internazionale che comunitario dell'economia, nel senso dell'adeguamento economicistico-tecnocratico delle norme costituzionali interne al diritto internazionale e sovranazionale – la recente riforma costituzionale dell'art. 81 ed i progetti di riforma degli artt. 41 e 97 cost., ne sono la conferma più evidente.

Anche se queste riforme produrranno effetti formali solo successivamente, già oggi rappresentano un vincolo ferreo per le politiche economiche dei paesi membri; vanno perciò innanzitutto stigmatizzati con Cervati i tentativi, che peraltro risalgono ad alcuni decenni addietro, « di porre l'opinione pubblica di fronte al fatto compiuto realizzando con la tecnica dei piccoli ritocchi [...] una nuova formulazione dei valori supremi della Repubblica »<sup>86</sup>. Ancor più grave è forse che questa modalità di revisione della costituzione del '48<sup>87</sup> è frutto della convinzione che, per citare ancora Cervati, « un governo o una maggioranza parlamentare più o meno eterogenea siano in grado di proclamare la morte presunta di valori riconosciuti da tutti come base della convivenza, senza avere almeno approfondito sufficientemente le ragioni dell'affievolirsi di tali valori o del loro essere venuti meno »<sup>88</sup>. Fra queste ragioni, la prevalenza delle ideologie e del diritto comunitario primario (i tratta-

---

<sup>84</sup> DELLA CANANEA, G. *cit.* p. 9, per una più ampia critica all'inadeguatezza del ruolo del parlamento europeo nell'attuale UE allargata, cfr. MASTROIANNI, R., *La procedura legislativa, il parlamento europeo e i parlamenti nazionali: osservazioni critiche*, in BASSANINI, F. e TIBERI G., (a cura di), *Le nuove istituzioni europee*, Bologna, 2010.

<sup>85</sup> In proposito cfr. DELLA CANANEA, G., *cit.* p. 9, che sottolinea l'esigenza di consolidare la dimensione amministrativa che dovrebbe prevalere in queste nuove istituzioni per essere all'altezza del *Public Accounts Committee*.

<sup>86</sup> CERVATI, A. A., *Riforme costituzionali e principi in tema di sfera pubblica e di interessi privati*, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it)

<sup>87</sup> ... che per fortuna nel caso della famigerata bozza di Lorenzago approvata dalla sola maggioranza di centrodestra è stata bloccata dall'intervento provvidenziale dei cittadini col referendum costituzionale del 2005.

<sup>88</sup> CERVATI, *op. ult. cit.*, p. 1.

ti) e di quello secondario (i regolamenti, le direttive e una pletera di fonti atipiche quanto rilevanti) sul diritto interno gioca un ruolo particolarmente rilevante nella strisciante trasformazione del senso e del significato dell'intero ordinamento giuridico interno, a partire dai principi e dalle norme costituzionali. Solo in apparenza le riforme costituzionali già realizzate – come nel caso dell'art. 81 cost. – producono i loro effetti escusivamente sulla seconda parte della Costituzione<sup>89</sup>. In effetti, l'art. 81 nel testo originario, nel precisare le competenze delle Camere in materia di bilanci e rendiconto consuntivo presentato dal governo al III e IV comma, prevedeva due principi relativi alla manovra fiscale ed alla spesa pubblica che non potevano essere disgiunti né dai principi e dalle norme che regolavano l'attività economica pubblica e privata, né dagli altri principi fondamentali e dai diritti e doveri dei cittadini. Guido Rivosecchi, che da anni, sulla base di un'interpretazione sistematica della costituzione del '48, ha approfondito in modo estremamente articolato ed efficace l'influenza sempre più decisa dei principi e delle regole comunitariesoprattutto in materia budgetaria, sulle politiche economiche e sociali del nostro paese, ha descritto la genesi storica della riforma in atto. Ne risulta così che all'emarginazione del Parlamento, che emerge dall'accoppiata decreti-legge/fiducia, fa riscontro una sostanziale “delega” di funzioni e poteri agli apparati amministrativi con la conseguenza di ridurre drasticamente se non annientare l'indirizzo politico economico come scelta autonoma del paese<sup>90</sup>. In definitiva, la reinterpretazione imposta dalla UE dell'art. 81 cost., in attesa che entri in vigore la riforma costituzionale già approvata ha mutato la norma costituzionale in «clausola di trasformazione permanente dei vincoli esterni europei in vincoli interni alle decisioni di bilancio»<sup>91</sup>. Proprio per questo è inevitabile, come si è già accennato, un impatto sempre più forte e socialmente iniquo, sulla più facile alternativa alla svendita dei beni di valore culturale, storico ed ambientale, (che pure sta procedendo), il sistema tributario, che colpisce direttamente e pesantemente i soggetti che non possono sfuggire ad esso: salariati e consumatori di prodotti indispensabili per la sopravviveza, la locomozione, il lavoro. Le conseguenze sulla qualità della vita e sui diritti dei cittadini e dei lavoratori, sono fin troppo evidenti, determinando una situazione che con il varo del *fiscal compact* non potrà che peggiorare ulteriormente aggravando le difficoltà per le piccole e medie imprese e provocando crisi e fallimenti. Eppure, un sistema costituzionale che si propone di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno

---

<sup>89</sup> CERVATI, *op. ult. cit.*, e LUCIANI, M., *Costituzione, tributi e mercato*, in Apertacontrada.it, p. 2 ed *infra*.

<sup>90</sup> RIVOSECCHI, G., *Il governo dei conti pubblici tra articolo 81 della Costituzione, vincoli europei e crisi economico-finanziaria globale*, in costituzionalismo.it, p. 2 ed *infra*, dello stesso autore, cfr. più in generale *L'indirizzo politico finanziario tra costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2006. RIVOSECCHI G. – ZUPPETTA, G., *Governo dell'economia e diritti fondamentali nell'UE: una riflessione introduttiva*, in *Il Governo dell'economia e diritti fondamentali nella UE*, a cura di RIVOSECCHI G. e ZUPPETTA M., Bari, 2010.

<sup>91</sup> *L'indirizzo politico-finanziario*, cit., p. 359 e ss.

sviluppo della persona umana, l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese» (art. 3, co. II, cost.) imporrebbe una rigorosa applicazione della progressività della imposizione tributaria, nel pieno rispetto dell'effettiva ed equa capacità contributiva dei debitori di imposte. L'obbligo – più che la facoltà – di realizzare i compiti di redistribuzione<sup>92</sup>, deriva da quella *lotteria della nascita*<sup>93</sup> che impone al legislatore di organizzare l'intero sistema tributario in funzione di un riequilibrio almeno parziale delle condizioni primarie di vita economica, sociale e culturale<sup>94</sup> e più in generale dei punti di partenza, senza dimenticare gli interventi pubblici a favore dell'occupazione, imposti non solo dal principio costituzionale del *favor laboratoris* ma anche dall'esigenza di far ripartire l'economia con il sostegno dei mercati interni<sup>95</sup>.

Come sostiene Massimo Luciani, con argomentazioni senz'altro condivisibili, quella che si può definire la messa in mora comunitaria dell'art. 41 cost., che dovrebbe essere riletto alla luce dei principi comunitari del mercato e della concorrenza corrisponde a quell'idea di *stato minimo* che è agli antipodi della costituzione repubblicana<sup>96</sup>. Se la riforma (o meglio controriforma) non tanto e non solo per ciò che attiene alla lettera del nuovo art. 81 cost.<sup>97</sup>, ma per il clima politico e le dichiarazioni che ne hanno preceduto e accompagnato la fulminea approvazione, altro non è che l'esecuzione del *comando dell'imperatore* comunitario, la bandiera sventolata in segno di vittoria non è tanto quella azzurro-stellata, quanto quella *schwarz-rot-gold*

<sup>92</sup> Così LUCIANI, M., *op. cit.*, p. 4.

<sup>93</sup> Ovviamente, ma sarebbe difficile dimostrare il contrario, anche l'assistenza prenatale dovrebbe essere concessa in modo da rispettare almeno quelle esigenze minime di assistenza sociale che derivano dal combinato disposto degli artt. 2, 3, co. II, e 53 cost.

<sup>94</sup> Di cui la gratuità della scuola dell'obbligo è la manifestazione più nota nel nostro paese.

<sup>95</sup> Cfr. LUCIANI M., *op. cit.*, nota 14.

<sup>96</sup> In effetti, a partire dall'Atto unico europeo il susseguirsi dei trattati comunitari ha di fatto pilotato una trasformazione dei principi in materia di mercato, concorrenza, privatizzazione dei servizi pubblici e divieto degli aiuti di Stato che hanno sistematicamente invertito la direzione indicata dai principi e norme della Costituzione rendendo obsolete e inattuabili le leggi in contrasto con tali principi, in proposito, cfr. AMIRANTE, C., *Unioni sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello Stato*, Torino, 2001; *Costituzionalismo e costituzione nel nuovo contesto europeo*, Torino, 2003; *Dalla forma stato alla forma mercato*, Torino, 2007.

<sup>97</sup> «Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali. Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte. Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi. Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale».



del paese *leader* della Unione europea. Il nuovo articolo 81 cost. è stato criticato da due punti di vista diversi, frutto di visioni in un certo senso opposte circa i rapporti fra il regime budgetario comunitario e quello destinato a regolare la finanza e l'economia del nostro paese. Da un lato, infatti, della Cananea lo ritiene inidoneo a garantire in modo vincolante e permanente la regola del pareggio di bilancio perché con tale innovazione normativa «l'ordinamento italiano attualmente non enuncia né disciplina alcun obbligo» mentre «alcune iniziative in corso fanno temere che non sia stata accolta appieno la discontinuità rispetto all'interpretazione della Costituzione prevalse» in passato<sup>98</sup>. Dall'altro Cervati considera la mera previsione di «equilibrio tra le entrate e le spese» una norma sostanzialmente in bianco che rinvia ad una futura legge costituzionale la fissazione di principi in base ai quali valutare la legge annuale di approvazione del bilancio, lasciando inoltre incerti «i rapporti tra i controlli interni di costituzionalità della legge di bilancio ed eventuali vincoli comunitari»<sup>99</sup>.

Ciò che però appare ancora più preoccupante per la sopravvivenza dei principi fondamentali non solo economici della costituzione sono le proposte di revisione degli artt. 41 e 97 cos. Se i nuovi articoli proposti dovessero essere approvati, l'intero impianto solidaristico della costituzione verrebbe definitivamente a cadere cedendo il posto ad una visione neoliberista in irriducibile contrasto con i principi fondamentali e le norme della costituzione repubblicana<sup>100</sup>. Quando infatti, il nuovo articolo 41 proposto dal governo Berlusconi afferma che per l'attività economica privata «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge» l'aggressione ai principi costituzionali a tutela della persona e del lavoratore, risulta più che chiara. Così quei principi che almeno per un trentennio hanno rappresentato un ostacolo o per lo meno una remora a processi di indiscriminata liberalizzazione di settori produttivi, di fornitura di servizi, nonché alla flessibilizzazione del mercato del lavoro con gravi rischi per la salute, per l'ambiente e il patrimonio artistico del nostro paese, settori che resterebbero privi di ogni forma, per quanto minima, di tutela. Se poi il nuovo articolo 97 dovesse affermare che le funzioni svolte dalle amministrazioni pubbliche devono tutelare solo i diritti di libertà dei cittadini (dunque con esclusione dei diritti sociali) precisando inoltre che «l'esercizio anche indiretto delle pubbliche funzioni è regolato in modo che siano assicurate l'efficienza, l'efficacia, la semplicità e la trasparenza», l'allineamento alla coppia privatizza-

---

<sup>98</sup> Anche per l'assenza di adeguate forme di controllo. Cfr.: DELLA CANANEA, *cit.*, p. 11.

<sup>99</sup> Cfr. *Riforme costituzionali...* cit. par. 7.

<sup>100</sup> Su questo processo, risalente nel tempo cfr. AMIRANTE C., *Dal corporativismo ad un'economia solidale... e ritorno?*, in *Sviluppo Economico* 6/2002, p. 231-265; nonché *Per la storia del processo di erosione di un sistema costituzionale democratico*, in *La democrazia riformata*, a cura di BEVERE, A., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2004.

zione-mercattizzazione degli apparati amministrativi invocata dalla UE risulterebbe realizzata in pieno.

La riforma dell'articolo 97 conferma dunque – come risulta del resto in modo inequivocabile dal lungo ed articolato discorso di presentazione del disegno di legge costituzionale 4144 – tutte le ambiguità della triade comunitaria, *economicità, efficienza, efficacia*, più volte riaffermata, sia a livello normativo che giurisprudenziale, quale parametro che non solo le amministrazioni pubbliche ma chiunque svolga una funzione pubblica o presti un servizio pubblico dovrebbe rispettare.

Innanzitutto, come ho sostenuto in altra sede, l'opacità della polisemia dei tre parametri, ne consente le interpretazioni più diverse con la conseguenza che sia nella fase di organizzazione del servizio pubblico, sia in quella della sua prestazione, la dimensione economica e mercantile, prevale su ogni altra logica. In secondo luogo se nella fornitura di un servizio – si pensi alle nostre ferrovie o alla televisione pubblica – ci si preoccupa prevalentemente dei costi e della concorrenza con l'attività privata, privilegiando magari, restando all'esempio delle ferrovie, una fascia ristretta e facoltosa di utenti, trascurando, più in generale, sia la qualità del servizio che le diverse esigenze dei destinatari, l'efficacia della pubblica funzione o del servizio non può non risentirne.

Non si tratta quindi – per quanto riguarda il principio del pareggio di bilancio che presuppone la priorità della difesa dell'euro come esigenza fondamentale e comune alle regole comunitarie e a quelle dei singoli Stati membri – di revisioni limitate e marginali delle costituzioni dei paesi membri né tantomeno di trasformazioni che riguardano soltanto i settori del mercato, della concorrenza della stabilità dell'intero settore economico che l'UE impone. Come risulta ormai evidente dalle analisi critiche sia italiane che europee si tratta piuttosto delle «fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico-sociali»<sup>101</sup> che si traducono in una strategia di riforma complessiva dei sistemi costituzionali<sup>102</sup>.

Le forme che assume quello che con amara ironia può essere definito il *nuovo costituzionalismo* riguardano sia i contenuti delle riforme costituzionali, che si possono ridurre sinteticamente al rafforzamento non solo della disciplina budgetaria ma anche del mercato, imponendo una ampia strategia di privatizzazioni, la liberalizzazione globale del mercato dei capitali e quando possibile la giuridicizzazione di

<sup>101</sup> ... mutuando il titolo del saggio di BUCCI, G., in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 3, 2012, cui si rinvia sia per la storia dell'accelerazione del processo di integrazione europea all'insegna delle politiche di stabilità, di contrazione della spesa pubblica, di privatizzazione e di ridimensionamento dello stato sociale, che per l'ampio corredo bibliografico.

<sup>102</sup> Data l'ampiezza del fenomeno ne sono rimasti coinvolti sia i paesi leader come la Repubblica Federale di Germania che i paesi più colpiti dalla crisi dell'euro a partire dalla Grecia e dalla Spagna senza dimenticare il nostro paese. A proposito della Spagna cfr.: il recente appello dei costituzionalisti spagnoli in favore di un costituzionalismo critico, cfr. GARCÍA HERRERA, M. A. e MAESTRO BUELGA, G., *Constitución Y Capitalismo Financiarizado: Por Un Constitucionalismo Crítico*, in *Costituzionalismo.it*.

principi di austerità fiscale<sup>103</sup>. Emerge, infatti, secondo più di un autore, accanto ai nuovi interessi prevalenti già ricordati ed ai nuovi attori privilegiati, ossia gli imprenditori e le autorità amministrative indipendenti considerate *i guardiani neutrali* del sistema finanziario e produttivo *il pensiero unico* che esige il primato del mercato come nuovo principio generale di regolazione dell'intera vita non solo economica, ma anche politica e sociale<sup>104</sup>.

A sostegno delle nuove forme di regolazione globale dei processi di unificazione economica tendenzialmente omnicomprensiva, soprattutto perché si presentano, come si è ricordato all'inizio sotto le formule accattivanti e postmoderne di *global governance*, *regional* (o *continental*) e *national governance*, c'è un forte dispiegamento di riflessioni sia politiche che intellettuali che, per quanto riguarda l'Europa, fanno capo ai sostenitori del GAL (*Global Administrative Law*). L'entusiasmo malcelato per l'accantonamento dei principi, valori e regole delle costituzioni nazionali arriva al punto da definire il GAL « come "Italian Perspective" nello studio del diritto internazionale e transnazionale »<sup>105</sup>: nulla di nuovo sotto il sole dal momento che l'idea che *il diritto costituzionale passa e il diritto amministrativo resta* è da sempre un cavallo di battaglia di chi ritiene che sia molto più sensato e razionale affidarsi alla collaudata esperienza della burocrazia con la sua "rigorosa" *dotazione di tecnocrati ed esperti* piuttosto che ai principi, alle istituzioni e alle regole di carattere spesso programmatico e di contenuto pluralistico e talora indefinito del costituzionalismo, la cui attuazione sarebbe affidata prevalentemente al parlamento ed ai partiti, (incompetenti e corrotti!). Ma nel nostro caso si tratta di ben altro dal momento che, come viene ricordato da Pierdominici, i contributi sempre più frequenti e significativi degli studiosi di diritto amministrativo nazionale, comparato e comunitario trovano riscontro in un programma multidisciplinare europeo sulla *governance* globale lanciato dall'Istituto universitario europeo di Fiesole. Che gli studi di diritto amministrativo o di discipline affini condotti con l'obiettivo di ricostruire le varie componenti del GAL rappresentino nuovi paradigmi necessari per studiare nel modo migliore anche settori come «la pace, i diritti umani, lo sfruttamento marittimo, il trattamento delle scorie nucleari, la salute, il lavoro, l'ambiente, il terrorismo, la crisi economica, lo sport e internet», per riprendere l'istruttiva rassegna di Pierdominici – e non ci soffermiamo, per carità di patria, sulla portata dell'ordine sparso in cui gli oggetti di ricerca sono elencati – non desta alcuna meraviglia. Tanto più che nell'affrontare quelli che appaiono tra i problemi più sensibili per i lavoratori e per i cittadini eu-

<sup>103</sup> Così HOFMANN, R. T. e KAJEWSKI, M., *Staatsschuldenkrisen im Euro-Raum und die Austeritätsprogramme von IWF und EU*, in *Kritische Justiz*, Heft 1. 2012, p. 13.

<sup>104</sup> Nella letteratura internazionale cfr.: almeno il quaderno *European Governance and New Constitutionalism: Economic and Monetary Union and Alternatives to Disciplinary Neoliberalism in Europe*, *New Political Economy*, 1998, vol. 3 No. 1, p. 5.

<sup>105</sup> Il *Global Administrative Law* all'Istituto universitario europeo, una rassegna di PIERDOMINICI, L. in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, p. 575 e ss.

ropei o immigrati, si dovrebbero elaborare nuove “regole di ingaggio” (*sic!*) e le più idonee a rendere efficiente ed efficace i loro compiti *ai templari del sacro* GAL<sup>106</sup>. Il discorso diviene più chiaro se non si trascura il punto di partenza di una scelta metodologica di gestione, la *governance*, che è andata ben al di là delle aule universitarie e dei centri di ricerca dal momento che non vi è assessore o consigliere del comune più periferico che non si vanti delle innovazioni apportate con il suo progetto di *governance*: il primato del mercato e delle concorrenze da cui derivano i corollari dei patti di stabilità, della *spending review* delle privatizzazioni dei servizi pubblici e delle imprese pubbliche e *last not list* il *fiscal compact*, ha finito progressivamente col sostituire il principio solidaristico della *progressività* del sistema fiscale col più efficace principio della sua *regressività*.

Il pensiero unico, che è la quintessenza dell'intero discorso economico e sociale degli ultimi decenni, si propone di sottomettere principi, regole ed istituzioni del *welfare state* che – senza nascondere i limiti dell'effettiva portata sia teorica che pratica di tale modello<sup>107</sup> – hanno consentito, agli storici di parlare addirittura del trentennio europeo d'oro '45/'75 (spesso però a carico di popoli, economie e paesi di altri continenti).

Per restare all'oggetto delle nostre riflessioni sembra particolarmente utile evidenziare che il *Global Administrative Law* appare l'ideale istrumentario di gestione dei processi di globalizzazione finanziaria *mercataista*, nel senso più estremo del termine, per cui la “fedeltà al mercato” diviene lo strumento principale di orientamento se non l'unico nei paesi democratici del mondo occidentale ed in particolare nell'ambito comunitario<sup>108</sup>. Si delinea così la definizione, “sia pur in prospettiva” di un sistema costituzionale sovranazionale, con l'obiettivo di promuovere, col sostegno di un apparato politico-mediatico dominante, l'esclusione del cittadino da ogni forma di partecipazione dal basso. Le tecnostutture che governano il sistema economico mondiale, le autorità finanziarie e bancarie ad ogni livello e la rete di *authorities* e di comitati (la c.d. *governance without government*), senza dimenticare gli imperativi delle agenzie di *rating*, si impongono, infatti, ai governi nazionali senza possibilità di appello. Ed è proprio per dare un'ulteriore legittimazione a questa rete pur nell'attuale quadro di crisi mondiale ed europea che appare sempre più sistemica, che le proposte più o meno ambiziose di una costituzione mondiale od europea, anche al di là delle intenzioni “cosmopolitiche” degli autori e dei movimenti di pressione che le propongono, tendono ad espungere principi, diritti, formule orga-

---

<sup>106</sup> Per una intuizione analoga cfr. *Salario sociale, distribuzione del reddito e ruolo dello Stato nell'economia degli anni '70 agli anni '90*, in *Lo Stato A/Sociale*, Napoli 1998, p. 6, in cui si attribuisce ai templari di Maastricht, la responsabilità di investire con il “tornado” della liberalizzazione del settore finanziario, della competizione economica e dei servizi, interi settori della società, sconvolgendo i rapporti sociali di produzione.

<sup>107</sup> JUDT, T., *op. cit. infra*.

<sup>108</sup> Così ROSS, K., in *In che stato è la democrazia*, Roma, 2010, *infra*.

nizzative ed obiettivi economico-sociali previste dalle costituzioni nazionali, divergenti rispetto al progetto neoliberale dominante. La deconstituzionalizzazione di un testo come la costituzione repubblicana del '48, celebrata a ragione in occasione del 150° anniversario come una delle migliori costituzioni vigenti perché modello e punto di riferimento per paesi come Spagna, Portogallo, Grecia e per non poche nuove costituzioni dei paesi dell'est europeo e di grandi paesi latinoamericani, è nei programmi elettorali dei partiti politici italiani, sotto le mentite spoglie di una revisione costituzionale irrinunciabile, per renderla adeguata ad una società globale e post-moderna e di fatto porre su un piedistallo inaccessibile governi privi di legittimazione democratica. Se prima d'ora sotto attacco erano soprattutto la forma di Stato che si voleva federale e la forma di governo, con l'obiettivo di indebolire drasticamente i poteri di indirizzo e di controllo del parlamento, le prospettive di revisione sembrano oggi molto più generali e rischiose per l'intero sistema costituzionale. Sotto la spinta delle politiche comunitarie di rigore ci si propone da più parti in realtà di *anestetizzare* i principi di eguaglianza sostanziale, di progressività del sistema fiscale, di emancipazione economico-sociale, di centralità del lavoro e dell'occupazione. Ciò produce l'effetto di impedire, o di rendere ancora più difficile, ogni concreta possibilità di ripartenza economica del paese, riducendo drasticamente l'autonomia delle forze politiche e sociali che vengono così decisamente delegittimate nella campagna elettorale per la prossima legislatura, accrescendo la sfiducia dei cittadini verso le istituzioni sia nazionali che comunitarie. La "facile" previsione che il deficit democratico dell'Unione europea si sarebbe ribaltato sulle istituzioni dei paesi membri, ciecamente rifiutata da studiosi e analisti che fanno "opinione" nel nostro paese, risulta quindi pienamente confermata. Resta così reale il rischio per una prossima, minacciata "legislatura costituente", di accettare incondizionatamente le regole, gli imperativi e le pratiche di *governance* delle autorità finanziarie, monetarie e bancarie internazionali e comunitarie come premessa di un secondo tempo di rilancio dello sviluppo economico e dell'occupazione, che sembra dissolversi nelle nebbie di Bruxelles.



Renato Rolli e Diego D'Amico \*

## I CARATTERI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO \*

SOMMARIO: § 1. Premessa: lo sviluppo dei principii in un ordinamento basato sul diritto amministrativo – § 2. Sistema di amministrazione comune e procedimenti compositi – § 3. I modelli organizzativi di interconnessione amministrativa – § 4. L'uropeizzazione della tutela giurisdizionale nazionale – § 5. La dimensione amministrativa dell'Unione europea dopo Lisbona

“Ho avuto quale principale preoccupazione dar la prova che la nostra disciplina ha ormai oltrepassato lo stadio in cui non si trovava modo di esporla che seguendo ad una ad una le singole attività degli enti amministrativi e descrivendo tali attività così come nel fatto esse si esplicano, ma che invece è ora possibile, anzi necessario, organizzare tale esposizione avendo riguardo a quei nessi delicati, ma sostanziali, che l'indagine scientifica è venuta mano mano scoprendo e che permettono una classificazione dei vari rapporti di diritto cui la pubblica amministrazione dà luogo.”

S. ROMANO, Prefazione alla 2ª edizione dei *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906

### § 1. Premessa: lo sviluppo dei principii in un ordinamento basato sul diritto amministrativo

L'ordinamento dell'Unione europea si presenta, oggi, come un sistema con caratteristiche nuove, diverse da quelle originariamente conosciute dalla comunità de-

---

\* Renato Rolli e Diego D'Amico, Università della Calabria.

\* Per quanto si tratti di un lavoro unitario ed indiviso, le responsabilità individuali possono ripartirsi come segue: i paragrafi 2, 3 e 5 sono stati curati dal prof. Renato Rolli ed il paragrafo 4 dal dr. Diego D'Amico. La premessa è frutto del lavoro congiunto dei due autori. Si precisa altresì che le sentenze della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado citate nel testo senza altra indicazione si possono consultare sul sito istituzionale [curia.europa.eu/it/index.htm](http://curia.europa.eu/it/index.htm).

gli Stati membri, dovendo perciò imporre la ricerca di una qualificazione diversa della sua stessa essenza e giustificare, così, l’impiego dell’aggettivo “sovranaZIONALE”.

Sin dai primordi, il giudice europeo ha chiarito che non solo gli Stati membri, ma anche i singoli, persone fisiche e giuridiche, sono soggetti all’ordinamento europeo<sup>1</sup>.

Successivamente, si è affermato il principio della responsabilità degli Stati appartenenti per violazione del diritto comunitario e, dunque, il principio in forza del quale è riconosciuto ai singoli il diritto, fondante sullo stesso diritto comunitario, al risarcimento a carico dello Stato membro per i danni provocati dal mancato od errato recepimento di una direttiva, ossia per il cattivo esercizio del potere normativo di cui gli stessi Stati sono gelosi custodi<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La prima pronuncia che ha previsto il principio degli effetti diretti dell’ordinamento europeo, come è noto, è la sentenza 5 febbraio 1963, CGCE, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, nella quale la Corte ha introdotto il principio dell’effetto diretto del diritto comunitario negli stati membri, che consente ai cittadini europei di far valere direttamente norme comunitarie dinanzi ai loro giudici nazionali. In essa si afferma che “la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli stati membri ma anche i loro cittadini”. Per un’attenta ricostruzione si rinvia a DURANTE, F., *Giudizio pregiudiziale, rapporti tra ordinamenti e principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1963, p. 415 e ss.; RONZITTI, N., *L’art. 12 del Trattato istitutivo della CEE ed i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamenti degli Stati membri*, in *Il Foro italiano*, 1964, IV, col. 98 e ss.; CATALANO, N., *L’inserimento diretto delle disposizioni contenute nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea negli ordinamenti giuridici degli Stati membri*, in *Il Foro padano*, 1963, V, col. 33 e ss.; BERRI, M., *Sull’efficacia delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee in materia di interpretazione giurisprudenziale autentica ai sensi dell’art. 177 del Trattato CEE*, in *Giustizia civile*, 1963, I, p. 1226 e ss.; MIGLIAZZA, A., *Ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1963, p. 651 e ss.

<sup>2</sup> CGCE, sentenza 19 novembre 1991, in cause riunite C-6 e 9/90, *Andrea Francovich e Danila Bonifazi*, “... ne consegue che il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato”. In merito, tra gli altri, ORLANDI, M., *Responsabilità dello Stato membro per danni derivanti ai cittadini dal mancato recepimento di una direttiva comunitaria*, in *Giurisprudenza di merito*, 1992, p. 456 e ss.; CARTABIA, M., *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni. (A proposito della sentenza “Francovich” della Corte di giustizia delle Comunità europee)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 505 e ss.; CARANTA, R., *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, col. 1169 e ss.; CRAIG, P. P., *Francovich, Remedies and the Scope of Damages Liability*, in *The Law Quarterly Review*, 1993, p. 595 e ss.

Successivamente, la Corte di giustizia ha esteso il principio anche alla responsabilità per fatto dell’amministrazione (sentenza 23 maggio 1996, in causa C-5/94, *Lomas*) e per fatto del giudice (sentenza 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Köbler* e 13 giugno 2006, causa C-173/2003, *Tragbetti del Mediterraneo Spa*). In particolare, la sentenza *Köbler* ha individuato la responsabilità dello Stato per violazione di carattere “manifesto” del diritto comunitario da parte di giudici nazionali di ultima istanza, invece, la pronuncia *Tragbetti del Mediterraneo Spa*, poi, nel confermare il *dictum* precedente, ha sottolineato come il diritto comunitario osti ad una normativa nazionale che limiti la sussistenza della responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli, a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado, ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, qualora tale limitazione conduca ad escludere la responsabilità per i casi di violazione ma-



Nondimeno, nell'iniziale fase di vita dell'ordinamento sovranazionale, molti<sup>3</sup>, nella dottrina giuridica dei vari paesi, avevano ritenuto che la materia amministrativa, nonché il suo diritto, fossero rimasti estranei o, comunque, solo marginalmente interessati dall'avviato processo di integrazione europea; ciò, si badi, nonostante il giudice comunitario avesse già da tempo avvertito che l'azione delle istituzioni comunitarie fosse assoggettata alle "norme generali del diritto amministrativo"<sup>4</sup>.

---

nifesta del diritto vigente. Nel contempo, nella sentenza da ultimo riferita viene sottolineata la correlazione tra funzione giurisdizionale, interpretazione delle norme di diritto e responsabilità dello Stato. Sulla sentenza *Lomas*, si rimanda a TRIFONE, L., *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario: le sentenze nelle cause "Brasserie du Pêcheur", "Factortame III" e "Hedley Lomas"*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1997, p. 63 e ss; sulla sentenza *Köbler*, invece, MAGRASSI, M., *Il principio di responsabilità risarcitoria dello Stato-giudice tra ordinamento comunitario, interno e convenzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, p. 490 e ss.; AFFERNI, G., *La disciplina italiana della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, II, p. 261 e ss.; tal'ultimo sottolinea come il sistema processuale delineato dalla Corte di giustizia, dal caso *Köbler* in poi, rischia di innescare una serie infinita di giudizi, dove ogni processo è seguito da uno successivo diretto ad accertare un eventuale errore nel processo precedente, e così via. Sulla sentenza *Traghetti del Mediterraneo Spa*, si rimanda a DI SERI, C., *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa: una discriminazione a rovescio?*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 1116 e ss.; PALMIERI, A., *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, in *Il Foro italiano*, 2006, IV, col. 420 e ss.; GIOVANNETTI, T., *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*, *ivi*, col. 423 e ss. Sulla responsabilità civile dello Stato, per errore dei giudici, si rinvia, inoltre, a SANDULLI, M. A., *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *federalismi.it*, n. 20, 2007; CHITI, M. P., *La responsabilità dell'amministrazione nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, 2009, pp. 505-535; MATTARELLA, B. G., *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2006, in particolare l'A., a p. 920, ha sottolineato l'importanza dei privati-attori nel diritto europeo, come efficientissimi strumenti di penetrazione, denunciando le violazioni del diritto europeo da parte delle amministrazioni nazionali.

<sup>3</sup> Devo subito avvertire che forse il titolo che mi è stato assegnato per questa lezione *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, probabilmente dice di più di quello che è il reale oggetto del discorso, perché la tesi che mi pare più accettabile è che non si può parlare né di un diritto amministrativo delle Comunità europee e neanche di un diritto costituzionale delle Comunità europee; il trasporto di queste nozioni, che sono proprie degli ordinamenti generali in cui noi viviamo, ossia degli stati ed ordinamenti diversi dagli Stati, è un trasporto sempre gratuito: non avendo neppure un valore conoscitivo, non serve a nulla". Così GIANNINI, M. S., *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, con presentazione di BATTINI, S., in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2003, p. 982.

<sup>4</sup> CGCE, sentenza 15 luglio 1960, in cause riunite 43, 45 e 48/59, *Lachmüller*. Il caso concerneva una controversia di lavoro, promossa da traduttori che lavoravano presso la Commissione. Riconosciuta ad essi la qualifica di funzionari pubblici, la Corte ha stabilito che gli stessi dovessero essere sottoposti ad un contratto di diritto pubblico, secondo i principi generali del diritto amministrativo. Sul punto, in dottrina, fra i tanti si rinvia a CASSESE, S., *Il diritto amministrativo. Storia e prospettive*, Milano, 2010, p. 357; ID., *Poteri divisi: amministrazione europea e amministrazioni nazionali*, in AMATO, G. e SALVADORI, L., (a cura di), *Europa conviene?*, Bari, 1990; FALCON, G., *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1, 1991, p. 351 e ss. Una posizione più cauta è espressa da PICOZZA, E., *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *id.*, n. 3, 1992, p. 1209 e ss.. Per una panoramica completa degli studi sull'integrazione amministrativa si rinvia, invece, a SANDULLI, A., *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione*

Oggi, per contro, in uno dei più recenti trattati sul “diritto amministrativo europeo”, si esprime la consapevolezza per cui: “*dans la mesure où l’action de la Communauté et de l’Union repose à titre principal sur des politiques publiques, on peut affirmer que c’est de mécanismes de droit administratif que dépend encore pour longtemps, au premier chef la réalisation effective de leurs objectives*”<sup>5</sup>.

Pertanto, per fare una prima chiosa, possiamo così constatare che le autorità nazionali, nel dare applicazione al diritto comunitario, sono tenute, in primo luogo, al rispetto dei principii generali del diritto sovranazionale<sup>6</sup>.

Tali principii, costantemente elaborati e riformulati dal giudice comunitario, traggono spunto dalle tradizioni giuridiche comuni agli ordinamenti degli Stati membri, fungendo da collante del sistema comunitario ed assicurandone, altresì, la compatibilità ordinamentale tra il livello “sovra” e quello nazionale.

Da ultimo, nondimeno, essi consentono e facilitano la circolazione, il trapian- to e l’ibridazione di modelli ed istituti giuridici<sup>7</sup>.

Tuttavia, il campo di applicazione dei principii generali del diritto comunitario non è circoscritto alle sole ipotesi in cui le amministrazioni nazionali agiscano in funzione comunitaria; al contrario, ampio spazio è riservato alla formale positiviz-

europea, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3, 2005, 859 e ss.; VEROLA, N., *L’integrazione europea tra allargamento e approfondimento*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2007, p. 93 e ss.

<sup>5</sup> Così AUBY, J. B. e DUTHEIL DE LA ROCHERE, J., *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007, p. 20.

<sup>6</sup> CGCE, sentenza 27 settembre 1979, in causa 230/78, *Eridania*. Per un’attenta disamina inerente i principii del diritto sovranazionale si rimanda a MASSERA, A., *I principii generali*, in CHITI, M.P. e GRECO, G., (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, Parte Generale, Tomo I, p. 285 e ss.; ID., *I principii generali dell’azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Diritto Amministrativo*, 2005, p. 709 e ss.; SCHWARZE, J., *I principii dello Stato di diritto per l’azione amministrativa nella “vecchia” e nella “nuova” Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 6, 2004, 1281 e ss.; USHER, J. A., *General Principles of EC Law*, London, 1998, 75 e ss.; DELLA CANANEA, G. e FRANCHINI, C., *I principii dell’amministrazione europea*, Milano, 2010, pp. 51-112; AMIRANTE, C., *Principio democratico e organizzazione istituzionale dell’Unione europea*, in SCUDIERO, M., (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002, pp. 323-406; VON BOGDANDY, A., *I principii costituzionali dell’Unione europea*, in *Federalismi.it*, n. 6, 2005; CARTABIA, M., *Principii inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; FRANCHINI, C., *I principii dell’organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, p. 653 e ss.; ROLLI, R., *I caratteri multilivello del diritto amministrativo europeo*, in *Giustamm.it*; ID., *I principii dell’azione amministrativa*, in LUCIANI, F. e ROLLI, R., (a cura di), *Azione amministrativa e disciplina di diritto pubblico*, Napoli, 2008; ID., *Integrazione amministrativa europea e buona amministrazione alla luce della Carta di Nizza*, in SCUDIERO, M., (a cura di), *Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2005, p. 1105 e ss.

<sup>7</sup> Così CASSESE, S., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in CHITI, M. P. e GRECO, G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte generale, I, Milano, 2007, p. 1; CHITI, M. P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011; MASSERA, A., SIMONCINI, M., SPAGNUOLO, F., *Note minime sul diritto amministrativo dell’integrazione europea*, in *Astrid-online.it*.

zazione dei suddetti, anche nell'ambito delle nuove discipline nazionali, sull'azione amministrativa<sup>8</sup>.

Pertanto, a compendio delle considerazioni sin qui rassegnate, si propone la seguente classificazione dei principi generali dell'ordinamento comunitario: principi generali "fondamentali" e "principi generali di diritto amministrativo"; mentre i primi riguardano, sostanzialmente, il versante dei rapporti tra Comunità e Stati<sup>9</sup>, i secondi attengono, invece, alle relazioni dirette tra Comunità-cittadini e Stato-cittadini<sup>10</sup>, ovvero anche a relazioni di carattere triangolari, che coinvolgono essenzialmente gli apparati amministrativi comunitari e nazionali, nonché i giudici titolari della competenza a sindacarne l'operato.

Peraltro, seppure non è raro che lo stesso principio sia utilizzato in più ruoli e funzioni, in linea di massima, i principi fondamentali trovano collocazione nelle di-

---

<sup>8</sup> Nel nostro ordinamento, si consideri *in primis* la Legge 11 febbraio 2005, n. 15, "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa"; nonché, il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"; da ultimo, il Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104, che ha codificato il processo amministrativo. Per un commento sulla Legge 15/2005 si rinvia a FORTE, P., *Principles of administrative action after the recent reforms*, in CHITI M. P., (a cura di), *General principles of Administrative Law*, Bologna, 2006, p. 81 e ss.; FERRARA, L., *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario nella disciplina del procedimento amministrativo*, in DI SAN LUCA, G. C., (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, pp. 40-73; MASSERA, A., *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, op. cit., p. 707 e ss.; ID., *I principi generali dell'azione amministrativa*, in CERULLI IRELLI, V., (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 39 e ss.; ed *ivi*, SCARCIGLIA, R., *La disciplina generale dell'azione amministrativa in Europa*, 21 e ss.; PICOZZA, E., *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, in *Il Cons. St.*, 2005, p. 1419 e ss. Per approfonditi commenti sul "Codice dei contratti pubblici", invece, si rinvia a DE NICTOLIS, R., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2007; SANDULLI, M. A., *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; SANINO, M., *Commento al Codice dei contratti pubblici. Relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino, 2008; SAITTA, F., *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*; Padova, 2008; GAROFOLI R. e FERRARI G., *Codice degli appalti pubblici - Annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, Roma, 2010; FRANCHINI, C., *I contratti di appalto pubblico*, in *Trattato dei Contratti*, Milano, 2010; CLARICH, M., *Commentario al Codice dei contratti pubblici*; Torino, 2010. In ordine al "Codice del processo amministrativo" si rinvia a LEONE, G., MARUOTTI, L., SALTELLI, C., *Codice del processo amministrativo. D.lvo 2 luglio 2010, n. 104. Commentato e annotato con giurisprudenza*, Padova, 2010; CARINGELLA, F. e PROTTO, M., *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010; GAROFOLI R. e FERRARI, G., *Codice del processo amministrativo - Annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, Roma, 2010; SANINO, M., *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011.

<sup>9</sup> Sul punto si rimanda a VACCA, M., *L'integrazione dell'ordinamento comunitario con il diritto degli Stati membri e con i principi generali di diritto*, in *Rivista di diritto europeo*, n. 2, 1991, p. 339-349; CASSESE, S., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in CHITI, M. P. e GRECO, G., (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, op. cit., Parte generale, Tomo I, p. 1 e ss.

<sup>10</sup> In merito MASSERA, A., *L'amministrazione e i cittadini nel diritto comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 1993, pp. 19-48; CASSESE, S., *Il diritto amministrativo presenta caratteri originali?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2003, pp. 35-52; SCHWARZE, J., *I principi dello Stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" Unione europea*, op. cit., p. 1281 e ss.

sposizioni dei trattati, mentre quelli generali di diritto amministrativo possono rinvenirsi anche nelle norme di diritto derivato<sup>11</sup>.

Difatti, una posizione di assoluto rilievo è riconosciuta, tra i principii generali “fondamentali” del diritto comunitario, al principio di “leale cooperazione”, in virtù del quale “l’Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell’adempimento dei compiti derivanti dai trattati”<sup>12</sup>, col conseguente obbligo, in capo agli Stati membri, di adottare le misure di organizzazione amministrativa necessarie a consentire l’applicazione della normativa comunitaria<sup>13</sup>.

Alla valorizzazione dell’organizzazione corrispondente ai diversi livelli territoriali dell’amministrazione concorre, invece, il principio di sussidiarietà, il cui rispetto, com’è noto, impone all’Unione di intervenire nei settori che non sono di sua esclusiva competenza “soltanto se e in quanto gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale, né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell’azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione”<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Così ROLLI, R., *I caratteri ‘multilivello’ del diritto amministrativo europeo*, cit., p. 11.

<sup>12</sup> Art. 4 TFUE. Inoltre, va evidenziato come la Corte costituzionale italiana abbia ribadito, nei confronti delle relazioni tra Stato e regioni, un dovere simile. Segnatamente, laddove sono compresenti attribuzioni dello Stato e delle regioni, i rispettivi interessi debbono armonizzarsi (Corte cost., sentenza n. 437 del 2000). Dunque, in presenza di concorrenza tra diversi gradi di governo, si impiega l’obbligo di leale cooperazione; tuttavia, nell’U.E. si applica anche nelle relazioni tra le varie istituzioni dell’Unione stessa. È opportuno rilevare, infine, come dall’obbligo di leale cooperazione derivino “l’obbligo di scambievole informazione”, “l’obbligo di interpellare”, nonché quello di “applicare in maniera armonizzata le proprie attribuzioni”, per i quali si rinvia a FRANCHINI, C., *I principii dell’organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, n. 3, p. 651 e ss.; ID., *I principii applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5, 2003, p. 1037 e ss.; CHITI, M. P. *Una costituzione rigida per un’amministrazione flessibile: nuove forme di governance nella Costituzione europea*, in AA.VV., *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, a cura di MANGANARO, F. e ROMANO TASSONE, A., Milano, 2005, p. 52 e ss..

<sup>13</sup> CGCE, sentenza 17 febbraio 1970, in causa 31/69, *Commissione c. Rep. Italiana*; sentenza 29 novembre 1989, in causa 281/87, *Commissione c. Rep. Ellenica*; sentenza 6 ottobre 1993, in causa 55/91, *Commissione c. Rep. Italiana*. Il summenzionato principio pone a carico degli Stati membri non solo un dovere di astensione dal tenere condotte pregiudizievoli per gli interessi comuni, ma anche l’obbligo di adottare gli atti, generali o particolari, necessari a tal fine. Richiamandosi alla buona fede, inoltre, impone agli Stati di esercitare le proprie attribuzioni con modalità che non pregiudichino gli obiettivi comunitari, anche se intendano perseguirne altri. In dottrina sul punto si rinvia a ROLLI, R. *I caratteri del diritto amministrativo europeo tra omogeneizzazione e differenze*, in *L’integrazione europea tra economia e democrazia*, in AMIRANTE, C. e SACCOMANNO, A., (a cura di), Cosenza, 2003, pp. 69-80; FRANCHINI, C. *I principii dell’organizzazione amministrativa comunitaria*, cit., p. 651 e ss.

<sup>14</sup> Art. 5 TFUE (ex art. 5 TCE). Nel diritto comunitario, ed in particolare con il Trattato di Maastricht del 1992, tale principio si è innestato nell’ordinamento giuridico nazionale; esso rappresenta un principio cardine dell’Unione europea, così come si legge nel preambolo: “... decisi a portare avanti il processo di creazione di un’unione sempre più stretta fra i popoli dell’Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini, conformemente al principio di sussidiarietà”. Difatti, il principio di “sussidiarietà” stabilisce che l’esercizio delle responsabilità pubbliche deve incombere di preferenza sulle autorità più vicine ai cit-

Con precipuo riferimento ai rapporti tra diritto amministrativo comunitario e nazionale, la sussidiarietà opera, peraltro, come “*limite all’attuazione amministrativa comunitaria diretta del diritto amministrativo comunitario e come incentivo alla cooperazione e alla coamministrazione*”<sup>15</sup>. In più, in quanto principio tipico di relazione, esso è designato a svolgere la sua funzione di collegamento tra i principi di leale cooperazione e di “autonomia istituzionale” ogni qualvolta si renda necessario definire le attribuzioni di potere all’interno di un ordinamento composito, nel quale siano state abbandonate le formule organizzatorie ispirate ai principi di gerarchia ed accentramento<sup>16</sup>.

Per altro verso, con riguardo all’azione amministrativa rilevante per l’ordinamento comunitario – *id est* quella direttamente posta in essere dalla Commissione europea e dagli altri organismi comunitari, nonché quella “indiretta”, ossia realizzata dalle amministrazioni nazionali – questa deve soggiacere ai canoni fondamentali ed agli standard operativi definiti dalla Corte di giustizia, *ivi* inclusi i principi generali del diritto.

Difatti, la violazione dei principi sopra richiamati, rientranti appieno nell’ordinamento giuridico comunitario, costituisce “*violazione del Trattato o di una regola di di-*

adini. La sussidiarietà si inserisce, pertanto, nei rapporti tra Stati ed Unione europea permettendo di ribadire la competenza di principio dei primi e nel contempo riconosce la possibilità che la seconda estenda il proprio raggio d’azione a tutte le materie degli Stati. In altri termini, più funzioni vengono attribuite all’Unione, ma il relativo esercizio è condizionato all’insufficienza dell’azione statale; quindi, implica come normale l’azione di governo inferiore e più vicino ai cittadini e prevede che il livello di governo superiore possa intervenire soltanto se l’azione del primo non consenta la cura degli interessi affidatigli. Per un maggior approfondimento CHITI, M. P., *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 505; MASSERA, A., *I principi generali*, in CHITI, M.P. e GRECO, G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo, op. cit.*, Parte Generale, Tomo I, p. 285 e ss.; BONELLI, E., *Sussidiarietà, necessità e proporzionalità/ adeguatezza nell’ordinamento comunitario e in alcune esperienze europee*, in *Dir. e cult.*, 2011, p. 18 e ss.; CERULLI IRELLI, V., voce “Sussidiarietà” in *Enc. Giur. Treccani*, XII (aggiornamento), Roma, 2004; ARENA, G., *Cittadini attivi*, Roma – Bari, 2006.

<sup>15</sup> Così CASSESE S., *L’aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell’area europea*, in *Fo-ro it.*, 1995, n. V, p. 377. Inoltre, la sussidiarietà, si legge nel Protocollo, allegato al Trattato CE con il Trattato di Amsterdam, “*consente che l’azione della Comunità, entro i limiti delle sue competenze sia ampliata laddove le circostanze lo richiedano, e inversamente ristretta, e sospesa laddove essa non sia più giustificata*”; sul punto COSTANTINESCO, V., *Le Trait  d’Amsterdam. Les clauses de cooperation renforc e. Le protocoles sur l’application des principes de subsidiarit  et de proportionnalit *, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p. 751 e ss. MASTROIANNI, R., *Fonti, sussidiariet  ed iniziativa legislativa nel testo della Costituzione per l’Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 1738.

<sup>16</sup> “*In base al principio di autonomia istituzionale, l’ordinamento comunitario non interferisce con l’organizzazione istituzionale interna degli Stati ed, in particolar modo, con la potest  di questi ultimi di definire l’assetto delle amministrazioni pubbliche operanti nel proprio ambito*”; cos  CGCE, sentenza 12 giugno 1990, in causa 8/88, *Germania c. Commissione*. Sul punto si rinvia a AMIRANTE, C., *La Germania e l’Europa, in Unioni sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello Stato*, Torino, 2001, pp. 57-88; PIZZETTI, F. e TIBERI, G., *Le competenze dell’Unione e il principio di sussidiariet *, in BASSANINI, F. e TIBERI, G., (a cura di) *Le nuove istituzioni europee. Commento al trattato di Lisbona*, Bologna, 2010.

*ritto relativa alla sua applicazione*” e può, pertanto, essere sanzionata dal giudice europeo<sup>17</sup>.

Più specificamente, con riferimento ai rapporti tra amministrazione e cittadino, è possibile rilevare che l’ordinamento comunitario è ormai predisposto ad una formulazione avanzata delle garanzie individuali, quasi a creare le condizioni per una sorta di “diritto alla parità” del cittadino verso la pubblica amministrazione. Tale diritto può intendersi, da una parte, quale assenza di privilegi ingiustificati e, per altro verso, alla stregua di pari opportunità di avvalersi del complesso di poteri e di facoltà ascrivibili alle rispettive sfere di autonomia ed ai rispettivi ruoli<sup>18</sup>.

In via di estrema semplificazione, i principi generali concernenti l’attività amministrativa possono distinguersi in principi che attengono alla decisione dell’amministrazione e principi che ineriscono al processo di formazione della stessa, considerando, inoltre, che le interferenze tra i due piani sono numerose e continue<sup>19</sup>.

Nel novero dei primi rientra, innanzitutto, il principio di legalità, il cui rispetto, seppure temperato nella prospettiva del confronto con l’altro fondamentale principio della certezza del diritto, è pur sempre caratteristica fondamentale del Trattato e necessario fondamento degli interventi di “*puissance publique*” nella sfera dell’attività privata di ogni persona, fisica o giuridica<sup>20</sup>.

Peraltro, se da un lato l’assolutezza del principio di legalità è limitata dal bilanciamento con il principio di certezza del diritto, dall’altro quest’ultimo sembra riallinearsi al primo allorché impone la necessità che le modifiche agli atti che incidono sulle situazioni giuridiche e di fatto dei soggetti assicurino il rispetto delle regole di competenza e procedura<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> CGCE, sentenza 3 maggio 1978, in causa 112/77, Töpfer. Sul punto GALETTA, D. U., *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell’ordinamento costituzionale tedesco e concetto di ‘necessarietà’ ai sensi del principio di proporzionalità tedesco e comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, p. 905 e ss.; CARLOTTO, I., *Il riparto delle competenze tra Stati membri e Unione europea alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, fasc. 1, p. 107.

<sup>18</sup> In merito AMIRANTE, C., *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*, Torino, 2003; ALBINO, L., *La progressiva costituzionalizzazione dell’Unione europea*, Torino, 2005; SACCOMANNO, A., *Eguaglianza sostanziale e diritti sociali nel rapporto fra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in GAMBINO, S., (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario. Principi e tradizioni costituzionali comuni. La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo*, Milano, 2002, p. 79 e ss.

<sup>19</sup> Per un’analisi approfondita si rinvia a FRANCHINI, C., *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, op. cit., pp. 1037-1059.

<sup>20</sup> CGCE, sentenza 28 marzo 1979, in causa 101/78, *Granaria* e sentenza 21 settembre 1989, in cause riunite 46/87-227/88, *Hoechst*. Sul punto MACCHIA, M., *Le tendenze della legalità nella dimensione internazionale*, in *Il principio di legalità nel diritto che cambia*, Milano, 2008, p. 639 e ss.; CORTESE, F., *Il riesame di decisioni amministrative definitive tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 1527 e ss.

<sup>21</sup> CGCE, sentenza 15 febbraio 1996, in causa C-63/93, *Deutsche Bahn*: “... la Commissione non viola né il principio della certezza del diritto né il principio di tutela del legittimo affidamento qualora, confrontata ad una pratica assai complessa e delicata, essa riesamini per un certo periodo tale pratica e, anziché sottoporre immediatamente una proposta al Consiglio, richieda dapprima un parere aggiuntivo al comitato per i medicinali veterinari. Infatti, da un la-

Tale principio, che nella sua componente più elementare “*esige che ogni atto dell’amministrazione che produca effetti giuridici sia chiaro, preciso e portato a conoscenza dell’interessato in modo tale che questi possenga la certezza del momento a decorrere dal quale l’atto stesso esiste ed è produttivo di effetti giuridici*”<sup>22</sup>, è nondimeno utilizzato, dal giudice comunitario, alla stregua di elemento regolatore delle relazioni triangolari tra ordinamento comunitario, diritto statale e situazioni soggettive del privato, quanto al tipo di strumento che il secondo è chiamato a mettere in atto per tradurre il precetto posto del primo in diritti ed obblighi validi per il terzo<sup>23</sup>. Inoltre, la modalità di utilizzazione di tale principio accolta dalla Corte di giustizia, spesso per mero richiamo asseverativo, sembra portare ad una valutazione della pregnanza del principio stesso più sul piano funzionale che non su quello concettuale<sup>24</sup>. Per certi versi, il principio di certezza del diritto rappresenta la sintesi e, ad un tempo, la fonte da cui sono derivati altri principi assai rilevanti per l’opera interpretativa della Corte, per cui è frequente che nell’argomentazione del giudice si venga a formare un’endiadi, nella quale la certezza del diritto opera con valenza rafforzativa ed integrativa dei principi derivati di volta in volta applicati o di altri principi dei quali la Corte intende affermare o riaffermare la portata normativa<sup>25</sup>.

In tale contesto si iscrive anche il principio della tutela dell’affidamento ragionevole, il quale, in quanto attinente alla “sostanza” della decisione, si riferisce sia all’azione della Comunità che all’azione degli Stati in esecuzione del diritto comunitario ed assume particolare pregnanza con riguardo ad un ampio spettro di materia-

---

*to, il diritto di richiedere un tale parere deve essere riconosciuto alla Commissione, nonostante il silenzio del regolamento n. 2377/90 su tale punto, e, dall’altro, poiché nessuno può dedurre una violazione del legittimo affidamento in mancanza di assicurazioni precise fornitegli dall’amministrazione, dalla citata normativa non può desumersi che il termine entro il quale la Commissione deve operare sia perfettamente prevedibile e che ai privati fossero state fornite assicurazioni precise in ordine a tale termine”.*

<sup>22</sup> Tribunale di I grado, sentenza 7 febbraio 1991, in cause riunite T-18- T-24/89, *Tageras*.

<sup>23</sup> CGCE, sentenza 20 giugno 2002, in causa C-313/99, *Mulligan e altri*. In merito GRECO, G., *L’azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in *La disciplina generale dell’azione Amministrativa*, a cura di CERULLI IRELLI, V., Napoli, 2006, p. 69 e ss.; MERUSI, F., *L’integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Diritto Amministrativo*, 2009, p. 43 e ss.; SPUNTARELLI, S., *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell’amministrare*, in *Id.*, 2008, p. 223 e ss.

<sup>24</sup> Per RUGGERI, A. “*La certezza del diritto è espressione oscura. Il principio in questione è stato sovente oggetto di attenzione da parte della Corte di giustizia comunitaria sin dai primordi. Difatti, oggi la dottrina prevalente ritiene che detto principio derivi direttamente dalle ricostruzioni giurisprudenziali della Corte di giustizia*”, in *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della formazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, contributo a *Le fonti del diritto oggi*, *Giornate di studio in onore di A. Pizzorusso*, in *Costituzionalismo.it*.

<sup>25</sup> CGCE, sentenza 14 febbraio 1995, in causa C-312/93, *Peterbroeck*; sentenza 25 luglio 1991, C-208/90, *Emmot*; sentenza 4 dicembre 1974, in causa 41/74, *Van Duyn*; sentenza 5 marzo 1996, in cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie du pêcheur*. Sul punto si rinvia a CASTORINA, E., *Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio “comune”*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, p. 1177 e ss.; PULVIRENTI, M. G., *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei contro limiti costituzionali*, in *Id.*, pp. 368-379.

le applicativo. In particolare, esso opera quale limite, anche di ordine temporale, alla latitudine del potere discrezionale dell’autorità, in specie quando si tratti di esercitare il potere di annullamento di un atto amministrativo illegittimo ovvero il potere di revoca di un atto individuale legittimo comunque attribuiti di situazioni soggettive favorevoli<sup>26</sup>.

Il giudice comunitario ha, peraltro, individuato una serie di controlimiti alla forza di applicazione del principio in questione; questi, se per un verso sono tali da innescare una relazione del principio stesso con altri, d’altra parte servono a garantire la conservazione di un margine ineludibile di apprezzamento in capo alle istituzioni comunitarie in ordine alla scelta dei mezzi necessari per la regolazione effettiva ed adeguata del mercato in relazione ai mutamenti della situazione economica e, in genere, per la realizzazione delle politiche comunitarie<sup>27</sup>.

Una delle più importanti “scoperte” della Corte di giustizia in materia di principi generali del diritto comunitario è, soprattutto, il principio di proporzionalità<sup>28</sup>, il quale si risolve, essenzialmente, nell’affermazione dei criteri in base ai quali l’autorità comunitaria non può imporre obblighi e restrizioni alla libertà dell’amministrato in misura superiore a quella strettamente necessaria ai fini del perseguimento dell’interesse pubblico che l’autorità stessa è tenuta a realizzare, una volta accertato che il provvedimento divisato è idoneo, ossia adeguato all’obiettivo da perse-

---

<sup>26</sup> CGCE, sentenza 12 luglio 1957, in causa 7/56, *Algera*; sent. 13 luglio 1965, in causa 111/63, *Lemmerz-Verke*; sentenza 19 maggio 1983, in causa 289/81, *Mavridis*; sentenza 1 aprile 1993, in cause riunite C-31/91 e C-44/91, *Lageder* e sentenza 8 febbraio 2000, in causa C-17/98, *Emesa Sugar*; Tribunale I grado, sentenza 19 maggio 1994, in causa T-2/93, *Compagnie National Air France*, sentenza 16 ottobre 1996, in causa T-336/94, *Ejfsol*. Per un’attenta analisi si rinvia a MARCHETTI, B., *Sul potere di annullamento d’ufficio, la Corte ribadisce l’autonomia procedurale degli Stati membri, ma si sbilancia un po’*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 1137 e ss.

<sup>27</sup> Sulla relazione tra principi Trib. primo grado, sentenza 24 aprile 1996, in cause riun. T-551/93, *Industrias Pesqueras campos e altri*. Sul secondo punto CGCE, sentenza 16 maggio 1979, in causa 84/78, *Tomadini*; sentenza 15 luglio 1982, in causa 245/81, *Edeka*; sentenza 29 febbraio 1996, in cause riunite C-296 e 307/93, *Francia e Irlanda c. Commissione*; sentenza 15 luglio 2004, in cause riunite C-37-38/02, *Di Leonardo e Dilexport*. Per un maggior approfondimento D’ALBERTI M., *Regole e rimedi: convergenze fra i diritti amministrativi d’Europa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 1992, pp. 1048-1053; PULVIRENTI, M. G., *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei contro limiti costituzionali*, cit., pp. 341-379.

<sup>28</sup> CGCE, in causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*. Detto principio, come, anche, quello di ragionevolezza si è sviluppato nel diritto amministrativo tedesco del secondo dopoguerra, da ultimo SCHEFOLD D., *Porte di entrata della ragionevolezza nella giurisprudenza tedesca*, in CERRI, A. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Napoli, 2007, ove a p. 35, icasticamente, osserva come “il principio di proporzionalità significa che l’intervento statale deve essere limitato”. Tale principio, originatosi, dunque, dall’ordinamento tedesco, (SCHWARZE, J., *I principi dello Stato di diritto per l’azione amministrativa nella “vecchia” e nella “nuova” Unione europea*, cit., p. 1283), trova oggi riferimento anche nella formazione positiva, così come si è osservato a proposito del protocollo sulla sussidiarietà allegato al trattato di Lisbona.



guire, e necessario, in quanto non vi sia nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente sulle situazioni dell'amministrato<sup>29</sup>.

Tale principio, che determina un canone di ragionevole adeguamento dei mezzi rispetto ai fini, esercita una duplice funzione anche sui rapporti tra Comunità e Stati, da un lato agendo come limite all'attribuzione di competenze all'amministrazione sovranazionale e, dall'altro, fungendo da parametro per l'esercizio delle competenze nazionali in materie sottoposte alle regole del diritto comunitario<sup>30</sup>.

La proporzionalità disvela, peraltro, il suo intrinseco e fortissimo carattere relazionale nel collegamento con altri principii generali del diritto amministrativo, tra cui il principio di non discriminazione, nelle sue varie sfumature ed applicazioni<sup>31</sup>.

Il suddetto principio si presenta talvolta sotto la veste della parità di trattamento, talaltra, invece, come applicazione del fondamentale principio di eguaglianza, trovando così ampia e frequente recezione soprattutto nel diritto derivato (esemplare è il caso della normativa europea sugli appalti pubblici)<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup>CGCE, sentenza 18 marzo 1980, in cause riunite 154, 205, 206, da 226 a 227/79, *Valsabbia c. Commissione*. Se all'inizio la portata e il contenuto del principio di proporzionalità erano individuati in modo piuttosto grossolano, nel frattempo il principio è stato meglio concretizzato e, a far data dalla decisione *Schrader* (CGCE, in causa 265/87) del 1989, anche nel diritto comunitario esso è stato riconosciuto così come esso è conosciuto nel diritto tedesco: e cioè secondo le sue tre tipiche articolazioni dell'idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto. In dottrina si rinvia a ASTONE F., *La Corte di giustizia e la sua attività di edificazione dell'ordinamento giuridico comunitario: la collaborazione con i giudici nazionali ed i principi generali del diritto amministrativo comunitario*, in *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999; SANDULLI, A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1999; GALETTA, D. U., *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1993, p. 837 e ss.; ID., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; FRANCHINI, C., *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, op. cit., 1042. VILLAMENA, S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008; COGNETTI, S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

<sup>30</sup> Per una trattazione dettagliata si rinvia a MASSERA, A., *I principi generali*, in CHITI, M.P. e GRECO, G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 332 ss. e giurisprudenza *ivi* riportata; CERRI, A., *Luci ed ombre del disegno di legge sull'adeguamento dell'ordinamento interno agli atti normativi comunitari*, in *Foro italiano*, 1986.

<sup>31</sup> ID., p. 337 e ss. Inoltre, il divieto di "ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità", ha costituito la condizione essenziale per realizzare uno "spazio" giuridico in cui il fattore nazionale, così influente nel recente passato degli Stati europei, non avesse più un simile rilievo, così CASSESE, S., *Stato-nazione e funzione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, III, 1997, p. 88; CERRI, A., *Dalla garanzia del "giusto procedimento" in sede disciplinare al criterio della "proporzionalità": spunti problematici e riflessioni a partire da un'interessante sentenza della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995; ID., *Eguaglianza (principio di)*, *Il Diritto – Enciclopedia giuridica del "Sole 24 Ore"*, 5, Milano, 2007.

<sup>32</sup> Sulla parità di trattamento, esemplare è la normativa volta ad attuare tale principio fra le persone indipendentemente dalla origine etnica (Direttiva 2000/43). Sopprimere le discriminazioni non soltanto nazionali, ma anche ingiustificate in quanto tali, è parso indispensabile per conseguire un'integrazione realizzata attraverso il diritto, anziché con la forza. A tal fine, i mezzi previsti non si esauriscono nello svolgimento di ricorsi volti a contrastare le discriminazioni (art. 7), bensì includono

Nell'ambito dei principii generali del diritto comunitario, attinenti al processo di formazione della decisione dell'amministrazione, una posizione di assoluta preminenza occupano, infine, il principio del contraddittorio<sup>33</sup>, il quale è elevato a canone generale dell'azione amministrativa, tanto all'azione dell'amministrazione comunitaria che possa avere esiti pregiudizievoli per l'amministrato quanto a quella diretta nei confronti degli Stati membri<sup>34</sup>, nonché il principio di motivazione come modalità che consente *“agli interessati di conoscere la giustificazione della misura adottata al fine di difendere i loro diritti e alla Corte stessa di esercitare il suo controllo”*<sup>35</sup>.

---

lo svolgimento di *“misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi connessi con una determinata razza o origine etnica”*, cioè azioni positive (art. 5). In ordine al principio di eguaglianza, l'art. 9 TFUE dispone che: *“L'Unione rispetta, in tutte le sue attività, il principio dell'uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi ed organismi”*. Un ulteriore importante fattore di influenza sono le direttive comunitarie, che con la loro trasposizione nel diritto nazionale favoriscono la tendenza ad una europeizzazione nel diritto amministrativo nazionale. Così, le direttive per il coordinamento delle procedure di appalto hanno ad esempio condotto ad una fondamentale ristrutturazione dei contratti di diritto pubblico. Esse obbligano gli Stati membri ad emanare determinate discipline procedurali, tramite cui dovrebbe essere assicurata la trasparenza, l'obiettività e la tutela giurisdizionale per la concessione di contratti di diritto pubblico. In particolare Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e postali, in GUCE L. 134 del 30 aprile 2004, 1 e Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi, Id., 114. Si rinvia, inoltre, a CERRI, A., *Eguaglianza, giustizia ed azioni positive*, in *Studi parl. e pol. cost.*, 1999.

<sup>33</sup> CGCE, sentenza 4 luglio 1963, in causa 32/62, *Alvis*; sentenza 23 ottobre 1974, in causa 17/74, *Transocean Marine Paint Association*, in cui l'avvocato generale, un anno dopo l'ingresso della Gran Bretagna nel mercato comune, aveva chiamato in aiuto il principio conosciuto nel diritto britannico del *“right to be heard”* come principio generale non scritto anche per il diritto amministrativo comunitario. La Corte di giustizia, difatti, seguì le conclusioni dell'avvocato generale e sostenette nella sua sentenza che: *“qualora i provvedimenti della pubblica autorità ledano in maniera sensibile gli interessi dei destinatari, questi ultimi devono essere messi in grado di presentare tempestivamente le loro difese”*.

<sup>34</sup> CGCE, sentenza 10 luglio 1986, in causa 234/84, *Commissione c. Belgio* e sentenza 4 febbraio 1992, in causa C-294/90, *British Aerospace e a.*; sentenza 5 giugno 2003, in causa 145/01, *Commissione c. Italia*. Il principio in oggetto, sebbene rientri nel più generale *“diritto di azione e difesa”*, assume particolare rilevanza nel procedimento amministrativo, perché *“consente all'interessato di acquisire e di esercitare pienamente la qualità di parte nel procedimento”* (così ASTONE, F., *La Corte di giustizia ...*, op. cit., p. 56). Inoltre, tale principio, elevato a principio di rango generale, assolve anche ad una funzione strumentale, in quanto, è finalizzato ad assicurare il *“diritto ad essere ascoltato”* per la tutela dei propri diritti. Quello al contraddittorio è, quindi, ammesso a pieno titolo come principio del diritto amministrativo in tutti gli Stati membri della Comunità e risponde alle esigenze della giustizia e della sana amministrazione, per cui, come motivato nelle suddette pronunce, le amministrazioni *“prima di adottare qualsiasi provvedimento disciplinare nei confronti dei suoi dipendenti, deve porli in grado di difendersi dagli addebiti loro mossi”*, così, il potere discrezionale di cui gode l'amministrazione nell'esercizio dell'azione autoritativa non può venire esercitato qualora non siano state preventivamente vagliate con cura le osservazioni della controparte.

<sup>35</sup> CGCE, sentenza 7 febbraio 1990, in causa 213/87, *Comune di Amsterdam*; sentenza 7 settembre 2006, in causa 310/04, *Regno di Spagna*, ove il Giudice comunitario ha evidenziato che: *“l'obbligo di motivazione”*

Ulteriori principii generali del diritto comunitario si ricavano, inoltre, da un'analisi dei profili attinenti al piano processuale del rapporto amministrazione – cittadino, ed in special modo il principio dell'azionabilità delle situazioni giuridiche soggettive, dell'attribuzione del potere cautelare e della (relativa e possibile) cedevolezza del termine, dei quali si dirà più avanti con riferimento all'europeizzazione della tutela giurisdizionale nazionale<sup>36</sup>.

A conclusione della dissertazione in tema di principii generali, nell'ordinamento comunitario pare, dunque, quanto mai appropriata l'immagine di una “*Community based on administrative law*”, suggerita da Jurgen Schwarze in una delle prime trattazioni sistematiche della materia<sup>37</sup>.

## § 2. Sistema di amministrazione comune e procedimenti compositi

Alle origini del processo di integrazione europea, l'attenzione dedicata ai rapporti amministrativi è stata del tutto marginale; ciò anche a causa della presenza, nei trattati istitutivi, di poche e generiche norme in materia.

In tempi più recenti, diversamente, lo studio dei rapporti intersoggettivi tra pubblici poteri nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, in special modo nella prospettiva delle relazioni tra amministrazioni, ha acquisito particolare vigore<sup>38</sup>. Tale cambiamento è stato in parte favorito dall'ampliamento e dalle trasformazioni delle funzioni affidate all'amministrazione europea, originariamente concepita come un apparato snello e senza compiti di esecuzione diretta (secondo la nota definizione di Jean Monnet, di un'amministrazione “*che non fa, ma fa fare*”)<sup>39</sup>,

---

*di cui all'art. 253 CE deve essere adeguato alla natura dell'atto in causa. Qualora si tratti di un atto destinato ad un'applicazione generale, la motivazione può essere limitata all'indicazione della situazione complessiva che ha condotto alla sua adozione e degli obiettivi generali che esso si prefigge. In tale caso, se l'atto evidenzia nella sua essenza lo scopo perseguito dall'istituzione nell'emanare l'atto, non è necessaria una motivazione specifica per le diverse scelte tecniche operate”.*

<sup>36</sup> Cfr. *infra*, paragrafo 4, per un maggior approfondimento CHITI, M. P., *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli altri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2006, pp. 487-511.

<sup>37</sup> SCHWARZE, J., *European Administrative Law*, London, 1992, 4. Inoltre, l'autore in una trattazione più recente sul tema dei principii dell'ordinamento europeo, rileva l'aumento di norme scritte all'interno del diritto amministrativo europeo, frutto dell'accoglimento dell'elaborazione giurisprudenziale, in SCHWARZE, J., *I principii dello stato di diritto per l'azione amministrativa nella 'vecchia' e nella 'nuova' unione europea*, cit., 1305.

<sup>38</sup> Le ragioni di questo cambiamento sono ben illustrate da CASSESE, S., *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 1991; DELLA CANANEA, G., *L'amministrazione europea*, in CASSESE S., (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, Tomo II, Milano, 2003, p. 1797 e ss.; DELLA CANANEA, G. e FRANCHINI, C., *I principii dell'amministrazione europea*, Milano, 2010, pp. 18-42.

<sup>39</sup> MONNET, J., *Mémoires*, Paris, 1976, p. 547. In particolare, il modello secondo il quale era stata configurata l'Alta Autorità della CECA era quello del “*Commissariat au Plan*” francese, voluto da De Gaulle

mentre ora è divenuta una struttura complessa che intrattiene rapporti diretti con i privati e possiede anche una sfera di azione per certi versi assimilabile a quella delle amministrazioni nazionali<sup>40</sup>.

L'attribuzione, all'amministrazione comunitaria, di funzioni sempre maggiori nonché lo sviluppo dell'apparato amministrativo preposto al loro svolgimento ha contribuito all'espansione dell'amministrazione propria della Comunità ed alla nascita di organismi di raccordo e di composizione tra questa e le amministrazioni degli Stati membri<sup>41</sup>.

Recentemente, il coordinamento tra l'amministrazione comunitaria e quelle nazionali ha dato vita a forme di composizione verticali ed orizzontali, di organizzazioni e di attività comunemente denominate "sistemi comuni", la cui funzione è quella di dare coerenza ad interessi divergenti, ma interconnessi, assicurando così il dialogo ed il confronto tra gli esecutivi nazionali e l'amministrazione comunitaria<sup>42</sup>. Tali sistemi, che sarebbero il "riflesso della natura collettiva o consociativa del governo europeo"<sup>43</sup>, evidenziano i mutamenti intervenuti nell'organizzazione amministrativa dell'Unione europea, trasformatasi, dunque, da monista a policentrica.

Alla Commissione europea<sup>44</sup>, principale punto di riferimento delle amministrazioni nazionali, si sono aggiunti organismi di ausilio esterno (i comitati)<sup>45</sup>, uffici

e costituito dallo stesso Monnet nel 1948; si trattava, dunque, di un'amministrazione di missione, ossia dotata di obbiettivi specifici da raggiungere ma priva di una "streetcorner bureaucracy". Sul punto di rinvia a CHABOD, F., *Storia dell'idea d'Europa*, Bari, 1990; DELLA CANANEA, G., *L'organizzazione amministrativa della Comunità europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1993, p. 1105 e ss.; MAMMARELLA, G., *Storia d'Europa dal 1945 ad oggi*, Bari, 1995; ORSELLO, G. P., *L'Unione europea*, Roma, 1996, p. 11 e ss.; GAJA G., *Introduzione al diritto comunitario*, Roma - Bari, 2005, p. 3 e ss.;

<sup>40</sup> In argomento MATTARELLA, B. G., *Il Rapporto autorità - libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, pp. 922-923.

<sup>41</sup> Così CHITI, M. P., in CHITI, M.P. e GRECO, G., (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, *op. cit.*, p. 415 e ss.

<sup>42</sup> In generale, la presenza di un nuovo potere esecutivo nello spazio europeo, e la presenza "di una serie di principi generali – vecchi e nuovi - sulla procedura amministrativa, non pregiudica lo sviluppo di una amministrazione flessibile, fortemente integrata nei suoi vari livelli verticali (amministrazione europea, statale e infrastatale) e nelle forme orizzontali (le amministrazioni congiunte o coordinate degli Stati membri tra loro). Un'amministrazione pubblica che per la sua forte integrazione nel quadro giuridico dell'Unione configura davvero l'amministrazione di un sistema multi-level; e che consente altre forme di intervento differenziato, appropriate alle particolari esigenze della governante europea", così ROLLI, R., *I caratteri 'multilivello' del diritto amministrativo ...*, cit., 4. Sul punto, inoltre, STICCHI DAMIANI, S., *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo allo studio della nozione*, Torino, 2006, p. 69 e ss.; TORCHIA, L., (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, p.404 e ss.

<sup>43</sup> Così CASSESE, S., *Il procedimento amministrativo europeo*, in BIGNAMI, F. e CASSESE, S., (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2004, p. 49 e ss.; ASTONE, F., *Riforma della pubblica amministrazione e ordinamento comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2002, p. 47 e ss.; FRANCHINI, C., *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione europea*, in *Diritto amministrativo*, 2008.

<sup>44</sup> L'assetto organizzativo e il funzionamento della Commissione sono regolati da due disposizioni: l'art. 249 TFUE, ex art. 218 TCE, il quale prevede che la Commissione adotti un regolamento interno allo scopo di assicurare il proprio funzionamento, e l'art. 250 TFUE, ex art. 219 TCE, il quale, a sua

entificati (agenzie europee)<sup>46</sup>, reti di organismi (la rete europea di informazione e di osservazione in materia ambientale)<sup>47</sup> ed autorità indipendenti (il Garante europeo

---

volta, dispone che le deliberazioni sono prese a maggioranza del numero dei suoi membri. Entrambe le disposizioni hanno grande importanza, perché, per un verso, attribuiscono alla stessa Commissione il potere di definizione della propria organizzazione amministrativa, e, per l'altro, configurano l'istituzione quale organo collegiale. Tra i numerosi contributi sulla Commissione europea, si segnalano, per i profili che qui interessano, quelli di GOZI, S., *La Commissione europea*, Bologna, 2005; MOAVERO MILANESI, E., *La Commissione, funzioni e organizzazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1993, p. 1133 e ss; BATTINI, S., *La Commissione nell'organizzazione delle Comunità europee: profili ricostruttivi ed evolutivi*, *ibidem*, p. 1025 e ss.

<sup>45</sup>Furono introdotti nei primi anni Sessanta del secolo scorso per sopperire all'eccessivo carico di lavoro nel settore dell'agricoltura e, nonostante le iniziali resistenze della Commissione, si diffusero abbastanza rapidamente, divenendo veri e propri centri di regolazione di alcuni settori specifici, sino ad assumere un ruolo di estremo rilievo nel processo politico comunitario. Per una disamina in merito SAVINO, M., *I comitati dell'Unione europea. La collegialità negli ordinamenti compositi*, Milano, 2005; DELLA CANANEA, G., *Cooperazione e integrazione nel sistema amministrativo delle Comunità europee: la questione della "comitologia"*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1990, n. 3, p. 655 e ss.

<sup>46</sup>Istituite a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, vennero da subito incaricate di gestire o di coordinare sistemi amministrativi composti da autorità nazionali e sopranazionali operanti in vari settori dell'economia, nel campo dei rapporti sociali e, soprattutto, in quello della correzione sociale del mercato. Dal punto di vista funzionale, queste strutture si caratterizzano per l'esercizio di specifici compiti di natura tecnica e non discrezionale, nella prospettiva di migliorare la cooperazione tra il livello nazionale e quello comunitario; sotto quello istituzionale, invece, esse si prefigurano come amministrazioni interne all'ordinamento comunitario che agiscono in via autonoma, in quanto sono poste al di fuori dell'apparato amministrativo della Commissione in senso stretto, ma in collegamento con quest'ultima; sotto quello strutturale, infine, esse si articolano di solito in organi di gestione e scientifici e posseggono tendenzialmente autonomia finanziaria e di bilancio. In dottrina si rinvia a CHITI, E., *Le agenzie europee: unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, Cedam, 2002; FRANCHINI, C., *Le relazioni tra le agenzie europee e le autorità amministrative nazionali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1, 1997, p. 15 e ss.; KREHER, A. e MARTINES, F., *Le "Agenzie" della Comunità europea: un approccio nuovo per l'integrazione amministrativa?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, p. 97 e ss.;

<sup>47</sup>Anch'esse di recente formazione, hanno creato una parziale fusione tra i livelli di competenza nel processo di esecuzione delle politiche europee, creando così reti di soggetti di diversa estrazione e natura, operanti a diversi livelli territoriali, con differenti funzioni, poteri e responsabilità, al fine di realizzare obiettivi comuni. In tal modo, diviene possibile riunire amministrazioni separate che operano nello stesso settore, realizzando una integrazione di natura strutturale allo scopo di assicurare il miglior rapporto tra diversi livelli di governo. Tale concetto è stato soprattutto elaborato in chiave politologica, in quanto, in termini giuridici, il modello della rete risulta piuttosto indefinito, anche perché è stato articolato principalmente per definire l'*European governance*, cioè la natura delle strutture e dei processi attraverso i quali si realizza l'attività di codecisione politica nel contesto dell'Unione europea: tuttavia, esso si rivela utile quantomeno sul piano descrittivo, perché evidenzia un fenomeno importante. Sul punto CASSESE, S., *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in PREDIERI, A. e MORISI, F., *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, p. 43 e ss.; MARIN, B. e MAYNTZ, R., *Policy Network: Empirical Evidence and Theoretical Considerations*, Frankfurt, 1991, p. 25 e ss.; CASSESE, S., *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1985, p. 374 e ss.

per la protezione dei dati personali)<sup>48</sup>, tutte strutture in vario modo e misura interagenti con le amministrazioni nazionali.

Ne è risultato, dunque, un sistema complesso, all'interno del quale, come in tutte le organizzazioni multilivello<sup>49</sup>, l'assenza di un centro e di una periferia e l'interdipendenza reciproca tra i vari soggetti hanno reso necessaria l'elaborazione di modelli e forme di composizione che consentano la collaborazione ed il dialogo tra amministrazioni<sup>50</sup>.

Al fine di favorire il confronto tra tutti i soggetti del sistema amministrativo comune, si è proceduto, a partire dalla metà degli anni Ottanta, all'elaborazione di nuovi moduli relazionali basati sul coordinamento e l'integrazione organizzativa<sup>51</sup>. Inoltre, poiché nell'Unione europea, come negli ordinamenti nazionali, l'attivi-

<sup>48</sup> Occorre segnalare, poi, come, negli ultimi tempi, si siano evidenziati i segni di una tendenza nuova a livello comunitario: quella alla costituzione di Autorità Indipendenti. A quest'ultime, in considerazione delle funzioni sostanzialmente atipiche loro attribuite, non tanto amministrative, quanto di direzione, di disciplina, di controllo e di risoluzione di conflitti, si è cercato di assicurare una specifica posizione di indipendenza non solo nei rispetti dei poteri nazionali e sovranazionali, ma anche di quelli economici e burocratici. Sul processo di progressiva europeizzazione delle AA.II. si rinvia a SCREPANTI, S., *La dimensione ultrastatale delle autorità indipendenti: i sistemi comuni europei e globali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 913 e ss.; MERUSI, F., *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in GRASSINI, F. A., (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2000, p. 19 e ss.; CASSESE, S. e FRANCHINI, C., *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; ZILLER, J., *Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Quinze*, Paris, 1993.

<sup>49</sup> Per un inquadramento teorico del modello della *multi-level governance*, SCHARPF F. W., *Verso una teoria della multi-level governante in Europa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico*, 2002, p. 26; mentre, con riferimento specifico all'amministrazione comunitaria, EGEBERG, M., (a cura di), *Multilevel Union Administration. The Transformation of Executive Politics in Europe*, Basingstoke, 2006, p. 26.

<sup>50</sup> Occorre rilevare che, il rinnovato sistema amministrativo, pur non abbandonando definitivamente i tradizionali modelli di esecuzione diretta ed indiretta, s'incentra su modelli organizzativi che favoriscono, anche se in modo flessibile e differenziato, "sovrapposizioni, assemblaggi, combinazioni, aggiunte ed inserimenti" tra amministrazione comunitaria ed amministrazioni nazionali, così CASSESE, S., *Il procedimento amministrativo europeo*, in BIGNAMI, F. e CASSESE, S., (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, cit., p. 31. L'autore preferisce formule più sfumate rispetto al concetto di "integrazione amministrativa" che, invece, presuppone un livello di organicità ed unitarietà non ancora raggiunto in sede comunitaria. I descritti sviluppi hanno indotto una recente dottrina a considerare "decisamente fuori moda", nell'Unione europea, la parola "amministrazione?"; "Reti, governante multilivello, governante amministrativa e regulatory process sono", invece, "i termini preferiti (...) per riferirsi alle modalità con cui sono gestite le attività dell'Unione", così BIGNAMI, F., *Introduzione* in BIGNAMI, F. e CASSESE, S. (a cura di), *Il procedimento ...*, op. cit., 1. Sul punto, inoltre, CASSESE, S., *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 292; GALETTA, D. U., *Coamministrazione, reti di amministrazioni, Verwaltungsverbund: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di "cooperazione amministrativa" dell'art. 10 TCE, per definire il fenomeno dell'amministrazione intrecciata?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 1689 e ss.

<sup>51</sup> Sul punto CASSESE, S., *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n.1, 1992, pp. 467-474.

amministrativa si svolge essenzialmente mediante procedimenti amministrativi<sup>52</sup>, si è fatto sempre più spesso ricorso a “procedimenti compositi”, la cui valenza organizzativa è stata di recente esaltata da attenta dottrina<sup>53</sup>.

Per mezzo dei suddetti procedimenti, l'amministrazione comunitaria coopera, infatti, con le amministrazioni nazionali in vista del conseguimento di un medesimo fine, servendosi di queste ultime per l'esercizio di una funzione sovranazionale (la tutela della concorrenza)<sup>54</sup> o collaborando con le autorità nazionali per l'esercizio di una funzione congiunta (per la protezione delle indicazioni geografiche o l'assegnazione del marchio ecologico)<sup>55</sup>.

Le regole applicabili ai procedimenti compositi, in assenza di una disciplina sovranazionale, sono quelle stabilite a livello nazionale, purché queste garantiscano la tutela effettiva dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario ed una tutela non meno favorevole di quella assicurata per casi analoghi sul piano nazionale<sup>56</sup>. Tale formula di coordinamento, elaborata dal giudice comunitario in un determinato numero di sentenze, consente il rispetto dei principi di efficacia ed equivalenza e favorisce l'uniformità della tutela delle posizioni soggettive dei singoli negli ordinamenti nazionali ed in quello comunitario<sup>57</sup>. Diversamente, nel caso in cui sussista una disciplina sovranazionale, come nell'ambito dei diritti di difesa, la giurisprudenza comunitaria depone a favore dell'adattamento dei principi nazionali a quelli stabiliti in sede sovranazionale<sup>58</sup>.

---

<sup>52</sup> SCOCA, F. G., *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir., Agg. IV*, Milano, 2002; CERULLI IRELLI, V. e BARAZZONI, F., *Gli atti dell'Unione*, in BASSININI, F. e TIBERI, G. (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, p. 309 e ss.

<sup>53</sup> DELLA CANANEA, G., in CHITI, M. P. e GRECO, G., (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 525.

<sup>54</sup> In approfondimento in CASSESE, S., *Il diritto amministrativo europeo presenta ...*, op. cit., p. 35-37; TONETTI A., *La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo: i poteri ispettivi in materia di tutela della concorrenza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2005, p. 83-129.

<sup>55</sup> Difatti, in tali casi, in sede comunitaria sono determinati criteri e direttive; l'autorità nazionale procede all'attuazione, rispettando i criteri stabiliti. La divisione del lavoro è nel senso che l'ufficio comunitario svolge l'attività amministrativa generale, quello nazionale l'attività amministrativa individuale. Per l'assegnazione del marchio di qualità ecologica (Ecolabel) Reg. n. 1980/00; per la protezione delle indicazioni geografiche Reg. n. 2081/92.

<sup>56</sup> Sul punto CARTABIA, M., *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La l. 241/1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991.

<sup>57</sup> CGCE, sentenza 15 settembre 1998, in causa 231/96, *Edis*; sentenza 17 novembre 1998, in causa 228/96, *Aprile srl*; sentenza 6 dicembre 2001, in causa 472/99, *Clean Car Autoservice GmbH Stadt Wien*. In dottrina RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1, 2001, p. 5; TORCHIA, L., *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2005.

<sup>58</sup> SPAGNUOLO, F., *Principi e regole del giusto procedimento tra ordinamenti nazionali, diritto comunitario e World Trade Organization: verso una global procedural fairness?*, in MASSERA, A., (a cura di), *Le tutele procedimentali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, p. 380 e ss.

I procedimenti compositi, come i sistemi comuni, riflettono lo stato di avanzamento del processo di interconnessione amministrativa europea e segnalano l’esistenza di un complesso sistema di relazioni teso, da un lato, alla cura di interessi comuni e, dall’altro, alla garanzia del controllo e del coordinamento orizzontale e verticale tra tutte le amministrazioni coinvolte nell’esercizio del potere amministrativo<sup>59</sup>.

### § 3. I modelli organizzativi di interconnessione amministrativa

Nell’ultimo ventennio, al fine di facilitare la cura di interessi comuni e garantire all’amministrazione comunitaria ed a quella degli Stati membri un’azione di reciproco ausilio, sono stati elaborati alcuni modelli organizzativi idonei a realizzare ipotesi di sovranità condivisa. Tra questi si segnalano, in particolare, la coamministrazione, l’integrazione decentrata e le reti di organismi<sup>60</sup>. Solo più di recente, alle “figure di composizione” anzidette si sono aggiunti i “sistemi comuni di poteri indipendenti”. Questi ultimi, pur recependo plurimi elementi già caratterizzanti le precedenti forme di interconnessione amministrativa europea, presentano alcuni aspetti di novità che, sebbene ancora in corso di consolidamento, meritano di essere brevemente considerati.

La caratteristica essenziale del modello della coamministrazione è l’attribuzione della cotitolarità della competenza all’amministrazione europea ed a quella nazionale, alla quale è formalmente attribuito il compito di svolgere in proprio una determinata azione necessaria e indispensabile per lo svolgimento della funzione comunitaria<sup>61</sup> (esemplare è il caso dei Fondi strutturali, per l’erogazione dei quali la

---

<sup>59</sup> Sul punto DELLA CANANEA, G., *I procedimenti amministrativi compositi*, in BIGNAMI, F. e CASSESE, S., (a cura di), *Il procedimento amministrativo e il diritto europeo*, cit. L’Autore nota come i procedimenti compositi non solo si sviluppano indipendentemente dall’istituzione degli uffici misti e dai rapporti tra uffici, ma danno anche maggiore spazio ai privati rispetto alle figure di composizione relative all’organizzazione. Ciò dipende “dalla funzione di legittimazione che i procedimenti assolvono all’interno dell’ordine giuridico europeo, al pari e forse più di quanto avviene negli ordinamenti statali”. Cfr., *op. cit.*, 333; inoltre, DELLA CANANEA, G. e GNES, M., (a cura di), *I procedimenti amministrativi dell’Unione europea. Un’indagine*, Torino, 2004; STICCHI DAMIANI, S., *L’atto amministrativo ... cit.*, p. 80; VEROLA, N., *L’integrazione europea tra allargamento e approfondimento*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2007, pp. 903-106.

<sup>60</sup> Per un’analisi dettagliata sul punto si rinvia a AMIRANTE, C., *Il futuro dell’Unione europea dopo i referendum: tra economia e espertocrazia*, in *Dalla forma Stato alla forma mercato*, Torino, 2008, pp. 2-40; ROLLI R., *I caratteri multilivello del diritto amministrativo ...*, *op. cit.*, p. 9-11; STICCHI DAMIANI S., *L’atto amministrativo nell’ordinamento ...*, *op. cit.*, pp.28-31.

<sup>61</sup> Sul punto FRANCHINI, C., *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993, p. 178 e ss.; ID., *La Commissione della Comunità europea e le amministrazioni nazionali: dalla ausiliari età alla coamministrazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1993, p. 669 e ss.; DELLA CANANEA, G., *L’organizzazione amministrativa della Comunità europea*, cit.,



Commissione europea e gli Stati membri interagiscono ai diversi stadi della procedura ed a più livelli)<sup>62</sup>.

Gli elementi che caratterizzano il modello sono essenzialmente tre: a) l'unicità della funzione, che è condivisa tra più soggetti distinti, b) il rapporto di necessità, per cui l'azione dell'uno è presupposto necessario perché anche l'altro possa agire utilmente, c) l'esistenza di un'espressa previsione normativa comunitaria che affidi all'autorità nazionale i compiti necessari per la realizzazione degli obiettivi da conseguire<sup>63</sup>.

Il principale elemento di differenziazione tra il modello della coamministrazione e quello dell'integrazione decentrata è l'istituzione di un'"agenzia europea", ovvero di un ufficio comunitario dotato di personalità giuridica, titolare delle attribuzioni conferitegli dalla normativa sovranazionale, ausiliare rispetto all'ente istituito ed organizzato secondo la formula della rappresentatività<sup>64</sup>.

Sotto il profilo funzionale, va osservato che la presenza di un tale ufficio entificato garantisce, da un lato, la collaborazione tra i governi nazionali e tra questi e l'amministrazione centrale comunitaria e, dall'altro, conferisce alla materia un ordinamento decentrato<sup>65</sup>. La titolarità della competenza è, anche in questo caso, condivisa tra l'amministrazione comunitaria e quella degli Stati membri, ma lo svolgimento congiunto della funzione presuppone l'istituzione di un ente sovranazionale che limiti i poteri di amministrazione attiva della Commissione europea ed assicuri la collaborazione tra una pluralità di apparati pubblici competenti<sup>66</sup>.

p. 1105 e ss. Un ulteriore fondamentale contributo per comprendere i caratteri della coamministrazione è dato da alcune pronunce della Corte di giustizia: sentenza 25 gennaio 2001, causa C-413/98, *DAFSE c. Frota Azul Transportes e Turismo Lda*; sentenza 10 gennaio 2002, causa C-101/99, *The Queen c. Intervention Board for Agricultural Produce, ex parte British Sugar plc*.

<sup>62</sup> Introdotti dal Regolamento n. 1260/1999, per un approfondimento in dottrina PREDIERI, A., *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell'Unione europea*, Milano, 1996; BOCCIA, F., LEOPARDI, R., LETTA, E., TREU, T., *I Mezzogiorni d'Europa. Verso la riforma dei fondi strutturali*, Bologna, 2004; MENTO, S., *I poteri amministrativi della commissione europea in materia di fondi strutturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2007, p. 135 e ss.;

<sup>63</sup> Per una messa a punto di quest'ordine di concetti, FRANCHINI, C., *Amministrazione comunitaria e amministrazione nazionale*, cit., 174 e ss.; CHITI, E. e FRANCHINI, C., *L'integrazione amministrativa europea*, op. cit., 60 e ss.; CRAIG, P., *EU Administrative Law*, cit., 190 e ss.; ZILLER, J., *Introduction: les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de co-administration et les fondements du droit administratif européen*, in AUBY, J. B. e DUTHEIL DE LA ROCHERE, J., (a cura di), *Droit administratif européen*, cit., 235 e ss.

<sup>64</sup> "Esse sono un esempio evidente della progressiva affermazione di un diritto amministrativo multilivello", così ROLLI, R., *I caratteri ...*, op. cit., p. 23.

<sup>65</sup> CHITI, E. e FRANCHINI, C., *L'integrazione amministrativa ...*, op. cit., p. 77 e ss.; FRANCHINI C., *Le relazioni tra le agenzie europee e le autorità amministrative nazionali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, p. 15 e ss.; DELLA CANANEA, G., *L'organizzazione amministrativa della Comunità europea*, ivi, 1993, p. 1105 e ss.

<sup>66</sup> Sulla legittimità dell'istituzione di agenzie a livello comunitario si è molto discusso, giungendo ad una conclusione positiva soprattutto sulla base delle argomentazioni contenute nelle sentenze *Meroni* con riferimento al problema della delega di poteri ad organismi autonomi. La costituzione di organi-

Il terzo modello organizzativo, in grado di realizzare ipotesi di sovranità condivisa, è rappresentato dalle “reti di organismi”. Queste ultime realizzano un’integrazione di natura strutturale tra soggetti che, pur differenziandosi gli uni dagli altri per una varietà di profili (natura, estrazione, livello territoriale, poteri, responsabilità), condividono la medesima competenza settoriale e sono, quindi, aggregati in funzione della soluzione di problemi specifici. Sebbene in termini giuridici il modello risulti ancora piuttosto indefinito, esso evidenzia alcune caratteristiche peculiari, quali la natura rappresentativa (i soggetti che intervengono sono, infatti, portatori di interessi diversi) e la perdita di territorialità (che deriva dal fatto che le funzioni pubbliche siano gestite a più livelli)<sup>67</sup>.

Negli ultimi decenni, nell’ordinamento comunitario ed a livello nazionale, sono state istituite autorità indipendenti sottratte al controllo politico diretto e composte da personale altamente specializzato. Quelle istituite in ambito sovranazionale sono spesso organizzate in rete con le amministrazioni nazionali; tuttavia, il fine che si prefiggono non è tanto quello dell’amministrazione congiunta, quanto piuttosto la definizione di parametri e standard comuni<sup>68</sup>.

Nondimeno, parte della dottrina ha ravvisato nelle autorità indipendenti e nei sistemi comuni di poteri indipendenti, di cui queste fanno parte insieme al “concerto regolamentare europeo”<sup>69</sup> ed al “sistema comune delle autorità indipendenti”<sup>70</sup>,

---

smi dotati di personalità giuridica, infatti, è stata ritenuta compatibile con il principio dell’equilibrio dei poteri comunitari e, dunque, ammissibile a condizione che risulti necessaria per la realizzazione degli obiettivi che le istituzioni della Comunità devono perseguire e, allo stesso tempo, comporti l’esercizio di compiti definiti e soggetti a controllo. In ordine alle succitate sentenze, CGCE, sentenza 13 giugno 1958, *Meroni c. Alta autorità, causa 9/56*; CGCE, sentenza 13 maggio 1958, *Meroni c. Alta autorità, causa 10/56*. Per un’attenta analisi si rinvia a FERRARI BRAVO, L., *Poteri della Commissione CEE e suo ruolo nello sviluppo dell’integrazione europea*, in *Tavole rotonde di diritto comunitario*, Milano, 1980, p.274 e ss.

<sup>67</sup> L’esempio maggiormente noto è quello del sistema europeo di informazione ambientale, previsto dal regolamento n. 1210/90 del 7 maggio 1990 e ss. mm., dove l’assunzione a livello comunitario della funzione di tutela dell’ambiente ha determinato il coinvolgimento delle istituzioni degli Stati membri in una organizzazione denominata “rete europea di informazione e di osservazione in materia ambientale” (*Eionet*), nella quale, in collegamento con l’Agenzia europea per l’ambiente, opera una pluralità di uffici e di soggetti – di natura comunitaria, nazionale e mista – che concorrono all’attività di acquisizione delle informazioni.

<sup>68</sup> Come osservato da CHITI, M. P., in CHITI, M. P. e GRECO, G., (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, op. cit., 454. Sul punto, inoltre, BARRA CARACCILO, L., *I procedimenti davanti alle Autorità indipendenti tra il diritto interno e diritto comunitario*, in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, p. 79 e ss.; CLARICH, M., *Il procedimento di regolazione*, in *Id.*, 9 e ss.; ID., *Autorità indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; PREDIERI, A., *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; CASSESE, S., *La crisi dello Stato*, Roma - Bari, 2002; PASSARO, M., *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996.

<sup>69</sup> Così CASSESE S., *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2002, p. 689.

<sup>70</sup> Il sistema comune delle AA.II. realizza l’integrazione strutturale e funzionale delle autorità indipendenti nazionali, attraverso modalità di relazione sia orizzontali che verticali. La disciplina comunitaria

un nuovo modello di interconnessione amministrativa, che, pur condividendo molti degli aspetti tipici della coamministrazione e dell'integrazione decentrata, quali l'affidamento a più amministrazioni strutturalmente separate di una medesima finalità, stabilita dall'amministrazione europea, o il condizionamento dell'organizzazione e del funzionamento delle autorità di regolazione nazionale, si distingue per un'accentuazione del requisito dell'indipendenza<sup>71</sup>.

Complessivamente considerate, le "figure di composizione" summenzionate concorrono alla realizzazione di un sistema amministrativo comune nel quale le amministrazioni nazionali e quella comunitaria interagiscono, attraverso modelli relazionali e procedurali più o meno sofisticati, in vista della realizzazione di un medesimo obiettivo. Una tale interconnessione amministrativa che, come visto, interessa tanto i profili dell'organizzazione quanto quelli dell'attività, ha prodotto un'evoluzione non solo nei rapporti (orizzontali e verticali) tra le amministrazioni, ma anche nelle relazioni tra queste ed i privati, ai quali sono state, anzi, riconosciute garanzie di tutela più ampie di quelle accordate, in molti casi, sul piano nazionale<sup>72</sup>. Ciò è avvenuto anche grazie alla giurisprudenza pretoria della Corte di giustizia, le cui pronunce hanno consentito, nonostante normative nazionali di senso opposto, un ampliamento delle garanzie individuali ed il rispetto del principio di effettività della tutela<sup>73</sup>.

---

incide, in quest'ipotesi, sia sulla funzione delle amministrazioni interne che sulla loro struttura organizzativa. Per un approfondimento si rinvia a MERUSI, F., *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in GRASSINI, F. A., (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2000, p. 19 e ss.

<sup>71</sup> Ciò si è verificato attraverso il riconoscimento di caratteristiche organizzative peculiari, tali da permettere loro di agire in una posizione di terzietà e di neutralità rispetto a tutti gli interessi esterni che possono condizionarne le scelte finali, in una prospettiva di garanzia del regolare funzionamento e dello sviluppo equilibrato dei settori ai quali sono preposte. Da questo punto di vista, non vi sono particolari differenze con quanto si verifica nella maggior parte degli ordinamenti contemporanei, dove la collocazione particolare di tali autorità si è resa necessaria per consentire loro di esercitare effettivamente le proprie attribuzioni con il massimo distacco, in una posizione di estraneità e di indifferenza rispetto agli interessi coinvolti, al fine di operare scelte neutrali. Va rilevato, tuttavia, che, per quanto così facendo si vengano a introdurre ulteriori elementi di complessità nel sistema organizzativo dei pubblici poteri comunitari e, in particolare, nei rapporti con le amministrazioni degli Stati membri, determinando un ulteriore fattore di frammentazione dell'assetto amministrativo, tali autorità contribuiscono a combinare, a temperare e a regolare istanze diverse, assicurandone, in ultima analisi l'equilibrio, così DELLA CANANEA, G. e FRANCHINI, C., *I principi dell'amministrazione ...*, op. cit., p. 161. Inoltre, si rinvia a ROLLI, R. e TAGLIALATELA, A., *La 'legittimazione' costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giustamm.it*.

<sup>72</sup> Emblematico è sotto questo profilo il caso *Oleificio Borelli*, in cui si trattava dell'impugnazione di una decisione della Commissione che, in presenza di un parere negativo espresso da una regione italiana, non aveva accolto una domanda di contributo della Comunità europea. Sul punto si rinvia a CERULLI IRELLI, V., *Diritto europeo e pubblica amministrazione nazionale*, in *La Costituzione europea. Un primo commento*, a cura di BASSANINI, F. e TIBERI, G., Bologna, 2004, pp. 272-276.

<sup>73</sup> Principio generale del diritto dell'Unione europea, sancito esplicitamente anche dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. In

#### § 4. L’europeizzazione della tutela giurisdizionale nazionale

Attraverso le decisioni delle Corti comunitarie, spesso in sede di rinvio pregiudiziale, si è realizzata l’europeizzazione della tutela giurisdizionale amministrativa nazionale, ovvero della progressiva influenza del diritto comunitario sulle forme di tutela giurisdizionale delle amministrazioni riconosciute negli Stati membri.

La suddetta integrazione giurisprudenziale ha interessato, *in primis*, l’effetti-vità della tutela garantita, alle posizioni giuridiche soggettive dei singoli, dal diritto dell’Unione europea<sup>74</sup>. In ossequio al criterio di separazione delle competenze di controllo giurisdizionale tra Comunità e Stati membri (cd. *dual vigilance*), detto principio è stato valorizzato, in una prima fase, dalle Corti comunitarie, di riflesso all’applicazione dei principi del primato e della diretta applicabilità del diritto comunitario, venendo così riconosciuto come conseguenza delle regole di armonizzazione e dell’efficacia diretta delle norme sovranazionali, nel momento in cui sono rimesse la garanzia dei diritti e la scelta dello strumento di tutela più adeguato ai singoli ordinamenti, nel rispetto dell’autonomia processuale degli Stati membri e

---

particolare, il Trattato di Lisbona ha riconosciuto l’importanza di tale principio, inserendo all’art. 20, una previsione secondo cui “*Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione*”. Per un approfondimento CHITI, M. P., *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 1993, p. 796 e ss.; DELLA CANANEA, G. e FRANCHINI, C., *I principi dell’amministrazione ...*, op. cit., pp. 89-93; GAMBINO, S., *Diritti fondamentali europei e trattato costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 2005, p. 3 e ss.; TARULLO, S., *Costituzione europea ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Giust. Amm.*, 2004, p. 841 e ss.

<sup>74</sup> Gli studi sul diritto europeo in relazione al processo amministrativo dimostrano che anche in questo settore è presente una sorta di esportazione di istituti giuridici, al fine della effettività della tutela quale principio generale del diritto comunitario. In dottrina si è affermata l’idea di “*una giurisprudenza che operi per principi e non più solo per regole*”; essa è tuttavia “*destinata a confrontarsi con alcuni interrogativi di fondo ineludibili. Il primo riguarda il valore della certezza del diritto e l’effettività dell’ordinamento sostanziale*” così ROLLI, R., *I caratteri multilivello ...*, op. cit., p. 29. Sul punto si rimanda, inoltre, a HUBER, P. M., “*Unitarizzazione*” attraverso i diritti fondamentali comunitari, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico comunitario*, n. 1, 2009, pp. 1-15; GAJA G., *Introduzione al diritto comunitario*, cit., 61 e ss.; CHITI, M. P., *Diritto amministrativo europeo*, 2008, p. 666 e ss.; ADINOLFI, A., *L’accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Milano, 1997; CAPOTORTI, F., *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1977, p. 497 e ss.; SANDULLI, M. A., *Diritto europeo e processo amministrativo*, *Relazione al II seminario franco-italiano di diritto amministrativo*, Parigi, 12 - 13 ottobre 2007, in *giustizia-amministrativa.it*; SATTA, F., *Giurisdizione esclusiva (ad vocem)*, in *Enc. Dir.*, Agg., Roma, 2002; CARANTA, R., *Tutela giurisdizionale (italiana sotto l’influenza comunitaria)*, in CHITI, M. P. e GRECO, G., (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit.; CERRI, A., *L’integrazione europea nella giurisprudenza delle Corti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999; CANNIZZARO, E., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell’Unione europea*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2008, p. 459; CAPONI, R., *Democrazia, integrazione europea, circuito delle corti costituzionali (dopo il Lisbon-Urteil)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 387 e ss.; CERULLI IRELLI, V., *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, pp. 457-458.

sulla base del presupposto dell'universalità della tutela, in base alla quale *ubi jus ibi remedium*<sup>75</sup>. Nella sentenza *Salgoil*, ad esempio, la Corte di giustizia ha garantito la tutela in via diretta ed immediata dinanzi al giudice nazionale competente, per i diritti previsti nelle norme comunitarie direttamente applicabili, a prescindere dalla qualificazione che il singolo ordinamento attribuisce alla posizione giuridica derivante da tali previsioni ed, in particolare, dalla distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo, sostenendo così la neutralità comunitaria in ordine alle differenziazioni nazionali delle situazioni giuridiche soggettive<sup>76</sup>.

Nondimeno, il principio di effettività è stato interessato da un successivo approfondimento nella giurisprudenza comunitaria, in un primo momento fondato sul principio di equivalenza, in base al quale la libertà, dei singoli ordinamenti nazionali, di stabilire le forme di tutela più opportune per la protezione dei diritti di origine comunitaria dovesse essere subordinata alla garanzia di rendere le relative azioni possibili, praticabili e qualitativamente non inferiori a quelle corrispondenti proposte sulla base del diritto nazionale<sup>77</sup>; successivamente, ha assunto, invece, le vesti del principio fondamentale, comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, dell'azionabilità delle pretese, assurgendo così al rango di principio generale a garanzia del diritto a ricorrere in sede giurisdizionale<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Così TRIDIMAS, T., *The General principles of EU Law*, Oxford, University Press, pp. 418-422. In particolare, l'Autore osserva come il principio di effettività differisca dagli altri principi generali del diritto comunitario, proprio per il fatto che non trova la sua origine nei diritti nazionali degli Stati membri, ma piuttosto nelle caratteristiche distintive del diritto comunitario stesso, quali appunto il primato, la diretta applicabilità e l'effetto diretto.

<sup>76</sup> CGCE, sentenza 19 dicembre 1968, in causa 13/68, *Salgoil*: "... gli articoli 31 e 32 obbligano le autorità e in particolare i giudici competenti degli Stati membri a proteggere gli interessi dei singoli contro eventuali violazioni di dette disposizioni, garantendo loro la tutela diretta e immediata dei loro interessi, e ciò indipendentemente dal rapporto intercorrente, secondo il diritto nazionale, fra detti interessi e l'interesse pubblico a cui si riferisce la questione. Spetta all'ordinamento giuridico nazionale lo stabilire quale sia il giudice competente a garantire detta tutela e, a tale effetto, il decidere come debba qualificarsi la posizione individuale in tal modo tutelata".

<sup>77</sup> CGCE, sentenza 16 dicembre 1976, in causa 33/76, *Rewe*, "In mancanza di una specifica disciplina processuale, è l'ordinamento giuridico di ciascuno Stato che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziarie intese a garantire i cittadini". Inoltre, recentemente la CGCE, sentenza 13 marzo 2007, ha ribadito come "Le modalità procedurali volte a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano i ricorsi di natura interna (principio di equivalenza), ne devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività). Spetta ai giudici nazionali interpretare le condizioni procedurali interne in modo da garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario". Sulla complementarietà dei principi di equivalenza ed effettività, si rimanda particolarmente a TRIDIMAS, T., *op. cit.*, p. 423 e ss.

<sup>78</sup> CGCE, sentenza 15 maggio 1986, in causa 222/84, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*. D'altra parte, va ricordato che nel sistema normativo dell'Unione europea nulla viene previsto sul piano della tutela, si evidenzia soltanto una corrispondenza tra le forme di azione diretta e la tutela comunitaria per un verso, e le forme di azione indiretta e la tutela nazionale per l'altro. Con riferimento alle forme di intervento intermedie, allo stadio attuale si registra una situazione di forte in-

In seguito alla sentenza *Johnston, leading case* in materia, si sono susseguiti ulteriori approfondimenti e specificazioni di tale riconoscimento, come dimostrano i casi *Heylens*, in cui la Corte di giustizia ha riconosciuto l'ammissibilità dell'azione giurisdizionale ogniqualvolta venisse rifiutato un beneficio connesso ad un diritto attribuito dall'ordinamento comunitario (nella fattispecie, il riconoscimento di un titolo professionale), ed *Oleificio Borrelli*, in cui, invece, l'esigenza di garantire l'effettività della tutela nei procedimenti di coamministrazione, nel regime giurisdizionale di *dual vigilance*, ha consentito il superamento della normativa italiana che non ammetta l'impugnazione di atti non definitivi<sup>79</sup>.

Inoltre, non bisogna sottovalutare l'incisività del principio di effettività con riferimento all'azionabilità, in sede giurisdizionale, di lesioni derivanti da atti di portata generale. Infatti, l'art. 230, par. 4, TCE (innovato dall'art. 263, par. 4, TFUE) prevede che le persone fisiche o giuridiche possano presentare ricorso avverso regolamenti comunitari soltanto qualora siano interessate *direttamente ed individualmente* da

---

certezza, che non viene eliminata neppure con l'applicazione dei principi generali in tema di garanzie giurisdizionali che si traggono dalla giurisprudenza dei giudici comunitari. Non v'è dubbio che, in proposito, a questi ultimi debba essere riconosciuto il merito di aver contribuito fortemente all'integrazione dei sistemi di giustizia amministrativa, soprattutto attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale previsto all'art. 267 TFUE, che rappresenta l'unico elemento di collegamento tra gli ordinamenti nazionali e quello comunitario. Tuttavia, la strada da percorrere per la piena affermazione del principio della tutela giudiziaria effettiva si rivela ancora lunga. In argomento si rinvia a FRANCHINI, C., *Nuovi modelli di azione comunitaria e tutela giurisdizionale*, cit., p. 81 e ss.

<sup>79</sup> Rispettivamente, CGCE, sentenza 15 ottobre 1986, in causa 222/86, *Heylens*; sentenza 3 dicembre 1992, in causa 97/91, *Oleificio Borelli*. In prospettiva di approfondimento della tutela comunitaria, si osservi la profonda divergenza di tale modello rispetto al sistema giurisdizionale realizzato nel processo di integrazione sudamericano, il Mercosur. Basti considerare che quest'ultimo presenta un filtro politico per l'accesso alla tutela giurisdizionale che si riscontra, da un punto di vista soggettivo, nel riconoscimento della legittimazione a ricorrere in capo ai soli Stati membri e, sotto il profilo oggettivo, nella predisposizione di rimedi arbitrari o, comunque, a genesi dispositiva (cfr. *Anexo III del Tratado de Asunción, 1991; Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur, 2002*). Infatti, gli artt. 39-44 del *Protocolo de Olivos* riconoscono alle persone fisiche e giuridiche soltanto una forma di iniziativa avverso sanzioni o applicazioni di misure restrittive della concorrenza in procedimenti che dimostrano una natura amministrativa e le cui probabilità di successo dipendono essenzialmente dalla volontà statale. In particolare, la presentazione della questione, sollevata dalla persona fisica o giuridica, alla Sezione nazionale del *Grupo Mercado Común* nello Stato membro di residenza, che decide sull'ammissibilità della stessa, crea una significativa barriera nell'accesso alla giustizia, soprattutto laddove tale Stato sia responsabile dell'introduzione della misura pregiudizievole. Inoltre, l'opzione per una risoluzione di tipo negoziale delle controversie tra Stati tende a comportare una significativa soluzione di continuità nei poteri e nella giurisprudenza del Tribunal Permanente de Revisión, l'organo giurisdizionale garante del diritto del Mercosur. In questo senso, è possibile concordare sul fatto che nell'ambito del sistema di giustizia del Mercosur, con l'esclusione delle controversie di lavoro relative ai dipendenti delle istituzioni comuni, finché gli Stati ne rimangono i principali attori, manchi per il singolo un'effettiva tutela giurisdizionale amministrativa. Su tale punto si rinvia a VIOLA DE AZEVEDO CUHA, M., *The Judicial System of Mercosur: Is There Administrative Justice?*, IV *Global Administrative Law Seminar*, Viterbo, 2008, p. 16 del dattiloscritto.

tali atti. Nel precisare i limiti della legittimazione a ricorrere, le Corti hanno configurato la stessa in maniera restrittiva, passando però attraverso tentativi di allargamento nel riconoscimento dell'interesse individuale e cercando di garantire, comunque, l'azionabilità delle situazioni giuridiche soggettive. Significativa è, in proposito, la sentenza *Jégo Quéré* del Tribunale di I grado, che ha ridotto, anche in forza del richiamo all'art. 47 della Carta europea dei diritti, la qualifica dell'individualità ai criteri di certezza ed attualità della lesione della posizione giuridica soggettiva del singolo<sup>80</sup>. Tuttavia, tale decisione è stata annullata in appello dalla Corte di giustizia, che ha ristretto la capacità interpretativa del giudice di primo grado, specificando che soltanto una modifica del trattato avrebbe potuto consentire un simile allargamento della legittimazione a ricorrere e rimettendo, contestualmente, agli Stati membri, il compito di determinare gli strumenti che consentissero agli individui di agire in sede giurisdizionale a tutela dei propri diritti di origine sovranazionale<sup>81</sup>. Invero, la prospettiva adottata dalla Corte di giustizia sembra celare un certo grado di *deference* verso le decisioni delle istituzioni comunitarie, ascrivibili alle responsabi-

---

<sup>80</sup> Tribunale di I grado, sentenza 3 maggio 2002, in causa T-177/01, *Jégo Quéré*. Tale caso, riprendendo le considerazioni dell'avvocato Jacobs redatte in occasione del caso *Union de Pequeños*, consente l'accesso alla tutela giurisdizionale semplicemente quando l'atto impugnato, seppur di portata generale, incide in modo certo e diretto nella sfera giuridica del ricorrente; infatti, qualora il ricorrente non abbia potuto esperire altri rimedi giurisdizionali all'interno dello Stato, per esempio perché non vi sia un atto di esecuzione interno di un regolamento e pertanto non vi sia modo di adire il tribunale interno se non essendo convenuti per aver violato la norma comunitaria presunta illegittima, sarebbe contrario allo spirito del Trattato ed alla tutela delle posizioni giuridiche garantite dal diritto comunitario ai singoli non consentire ai ricorrenti non privilegiati l'accesso allo strumento dell'azione di annullamento.

<sup>81</sup> CGCE, sentenza 1 aprile 2004, in causa C-263/02, *Commissione delle Comunità europee c. Jégo-Quéré e Cie S.A.* Sullo stesso punto, inoltre, CGCE, sentenza 25 luglio 2002, in causa C-50/00, *Unión de pequeños agricultores*. Tali pronunce disattendono le osservazioni di Jacobs prescrivendo che, un soggetto può dirsi individualmente e direttamente giustificato quando l'atto lo pregiudichi per particolari caratteristiche e circostanze atte a considerarlo un particolare destinatario che lo distingue dalla generalità. La Corte, pertanto, non si è sentita di "riscrivere" l'art. 230 ed ha quasi invitato le Istituzioni comunitarie ad adoperarsi per riformare detto articolo affinché possa essere garantita una tutela effettiva. La Corte ha precisato, inoltre, che l'assenza di rimedi giurisdizionali interni non è di sua competenza in quanto, i ricorsi previsti dall'ordinamento comunitario concessi ai cittadini sono sufficienti per ottenere una tutela giurisdizionale efficiente. L'unica soluzione soddisfacente consiste, pertanto, nel riconoscere che: "un ricorrente è individualmente riguardato da un atto comunitario nel caso in cui tale atto pregiudichi, o possa pregiudicare, in modo sostanziale, i suoi interessi", così CARANTA, R., *I limiti alla legittimazione ad impugnare atti comunitari generali*, in *Giur. it.*, 2003, 1463 e ss. Si osservi, infine, che, da ultimo il Trattato di Lisbona ha eliminato all'art. 230, c. 4, della versione consolidata del Trattato il riferimento all'individualità dell'interesse a ricorrere contro i regolamenti comunitari. In dottrina su tale punto GRECO, G., *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 819 e ss.

lità politiche di queste ultime, rendendo lo sviluppo comunitario dell'effettività della tutela parzialmente asimmetrico rispetto ai livelli nazionali<sup>82</sup>.

Altro ambito processuale in cui si è dispiegato il fenomeno dell'integrazione giurisprudenziale è rappresentato dall'attribuzione, ai giudici nazionali, del potere cautelare di adottare misure provvisorie in funzione dell'applicazione conforme ed effettiva del diritto comunitario. Trattasi del riconoscimento e dell'attuazione, a livello statale, delle norme del trattato relative alle garanzie di salvaguardia interinale delle situazioni soggettive dei ricorrenti presso le corti comunitarie avverso gli atti delle istituzioni comunitarie<sup>83</sup>. Infatti, in attesa della pronuncia giurisdizionale, nel tentativo di assicurare l'effetto utile del ricorso, il trattato consente ai giudici comunitari di sospendere, a tal fine, l'efficacia dell'atto impugnato (art. 242 TCE), che altrimenti continuerebbe a dispiegare i propri effetti, ovvero, per rendere maggiormente efficace il principio cautelare, di adottare anche provvedimenti provvisori innominati, a contenuto positivo e non meramente sospensivo (art. 243 TCE). Al fine di garantire il primato e la piena efficacia del diritto comunitario, nonché dello strumento del rinvio pregiudiziale, tali previsioni sono state progressivamente estese, dalla giurisprudenza comunitaria, ai sistemi nazionali, incidendo in maniera decisiva sulla capacità delle tradizioni processuali dei singoli ordinamenti di tutelare le situazioni soggettive riconosciute dall'ordinamento comunitario<sup>84</sup>.

Particolarmente significativo è il caso *Factortame*, che ha riconosciuto l'ammissibilità della sospensione di norme di diritto nazionale, qualora fosse altrimenti pregiudicata l'effettiva tutela di un diritto tutelato dal diritto comunitario<sup>85</sup>. Di tal gui-

---

<sup>82</sup> Per una disamina dettagliata dei diversi caratteri dell'interpretazione della Corte di giustizia sul punto MASSERA, A., *I principi generali*, in CHITI, M. P. e GRECO, G. (diretto da), *op. cit.*, pp. 398-400; CHITI, M. P., *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli altri*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, 2006, 487 e ss.; CARBONE, S. M., *Il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione del sistema giuridico europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 547 e ss.

<sup>83</sup> Sul punto GRANDINETTI, M. e MONZANI, S., *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'ottica comunitaria: riflessioni in ordine alla tutela cautelare*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3-4, 2008, p. 927 e ss.; TROCKER, N., *"Civil Law" e "Common Law" nella formazione del diritto processuale europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 445 e ss.; CERULLI IRELLI, V. e BARAZZONI, F., *Gli atti dell'Unione*, in *La Costituzione ...*, *op. cit.*, p. 205 e ss.

<sup>84</sup> GRECO, G., *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Milano, n. 2, 2006, p. 513-531; ROLLI, R., *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo. Tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Roma, 2005; CERRI, A., *Pronunce ad efficacia differita della Corte di giustizia delle Comunità europee e nostro ordinamento*, in *Giurisprudenza Italiana*, fasc. 5, I, 1988.

<sup>85</sup> CGCE, sentenza 19 giugno 1990, in causa C-213/89, *The Queen ex parte Factortame*. Tale controversia era sorta in relazione al *Merchant Shipping Act*, e relativi regolamenti di attuazione, del 1988, con cui l'Inghilterra intendeva porre rimedio al problema del *quota hopping* ad opera di navi battenti bandiera britannica, ma non effettivamente tali. A tale scopo, la nuova legislazione imponeva a tutte le navi da pesca britanniche l'iscrizione in un nuovo registro, subordinando la stessa al soddisfacimento di rigorosi presupposti di nazionalità e di residenza; e dato che, tale normativa appariva in netto contrasto con il diritto comunitario, alcuni proprietari di navi da pesca, che non integravano i nuovi requisiti le-



sa, muovendo dal presupposto dell'effetto diretto e perseguendo l'effettività, la Corte di Lussemburgo ha scardinato il principio britannico della presunzione – fondata sull'inammissibilità di *injunction* nei confronti della Corona – di legittimità delle norme, fino all'accertamento della loro invalidità. Nella medesima prospettiva, la successiva sentenza *Zuckerfabrick* ha previsto la possibilità di sospendere in via cautelare un atto amministrativo interno fondato su un atto comunitario direttamente applicabile, quale un regolamento, del quale è parimenti controversa la legittimità<sup>86</sup>.

In questo caso, tuttavia, dovendo bilanciare il principio dell'effetto utile del processo con quello dell'effettività e dell'efficacia del diritto comunitario, la Corte ha ribadito la natura provvisoria, strumentale alla pronuncia di merito e priva di carattere anticipatorio della tutela cautelare, approfondendo, altresì, l'analisi delle condizioni alle quali tale protezione potesse essere richiesta al giudice nazionale. In particolare, devono sussistere seri dubbi sulla validità del regolamento (cd. *fumus boni iuris*, ossia la non infondatezza del ricorso ad un primo sommario esame), ossia porre in relazione la garanzia di tutela ad una forma indiretta di controllo di legittimità degli atti comunitari.

Deve sussistere, altresì, il rischio che la parte richiedente subisca un pregiudizio grave ed irreparabile (cd. *periculum in mora*, ovvero il danno che può derivare da

---

gislativi per l'immatricolazione, adivano la *Divisional Court* della *Queen's Bench Division*, perché, *inter alia*, fossero dichiarate, in via cautelare, inapplicabili nei loro confronti le nuove disposizioni e fosse inibito al *Secretary of State* di considerare caducata la vecchia normativa. Dopo varie vicende processuali, la *House of Lords* rinviava *ex art. 177* Trattato CEE alla Corte di giustizia per sapere se i giudici inglesi, che in base al diritto nazionale non avevano il potere di emettere provvedimenti provvisori in una fattispecie di quel tipo, erano tenuti ugualmente ad adottare tali misure al fine di dare tutela a diritti derivanti dall'ordinamento comunitario la cui esistenza non fosse ancora comprovata. La Corte, coerentemente con le proprie premesse federalistiche, ritenne che: “*la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe ridotta se una norma del diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario*”. In altri termini, il diritto comunitario è anche idoneo a dotare il giudice nazionale di poteri che esso non avrebbe in virtù del proprio ordinamento; e ciò allo scopo di assicurare un'effettività piena alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive create dalle norme comunitarie a favore dei cittadini dei singoli Stati membri. Per un'attenta analisi di tale sentenza si rinvia alla nota di MUSCARDINI, M., contenuta nella *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991, n. 4; nonché alla nota di SICA G., in *Riv. Dir. proc. amm.*, 1991, n. 4. Per un commento più organico CHITI M. P., *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1991, n. 3, p. 796 e ss.; VIVIANI, A., *Diritto comunitario e potestà cautelare dei giudici nazionali*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1993, p. 581 e ss.

<sup>86</sup> CGCE, sentenza 21 febbraio 1991, in cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrick*. In detta pronuncia, la Corte di giustizia ha riconosciuto che il giudice nazionale, il quale ha chiesto alla Corte stessa una pronuncia giudiziale per l'accertamento di validità di un regolamento comunitario, può sospendere l'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale basato su tale regolamento. Sul punto si rinvia a TROCKER, N., “*Civil Law*” e “*Common Law*” nella formazione del diritto processuale europeo, cit., p. 445 e ss.

un mancato accoglimento immediato del ricorso). La medesima interpretazione è stata applicata dalla Corte di giustizia nel caso *Atlanta*, con riferimento all'art. 243 TCE, riconosciuto quale titolo legittimante i giudici nazionali, in qualità di giudici comunitari, a concedere provvedimenti provvisori a contenuto positivo, riservando loro la possibilità di adottare misure atipiche a garanzia dell'effetto utile del ricorso, in attesa della pronuncia definitiva del giudice comunitario in sede di rinvio pregiudiziale, ma richiedendo loro contestualmente – e similmente al caso precedente – di motivare specificamente i presupposti del *fumus* tali da determinare l'invalidità del regolamento<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> CGCE, sentenza 9 novembre 1995, in causa C- 465/93, *Atlanta*. La sentenza basata sul caso *Atlanta* completa il contenuto della sentenza *Zuckerfabrik*. La prima, infatti, nulla dice del potere del giudice nazionale di ordinare provvedimenti provvisori che creino, a favore del singolo, una nuova situazione di diritto. Il nuovo problema su cui il caso *Atlanta* ha posto l'attenzione, riguarda le possibili ripercussioni, sull'effettività del diritto comunitario, di provvedimenti provvisori che disciplinino o modifichino rapporti giuridici controversi, in pendenza di rinvio pregiudiziale per accertamento di validità del regolamento comunitario. Si tratta, in sostanza, della possibilità di concedere misure cautelari positive. Con la decisione *Atlanta*, la Corte mostra di essere pronta a garantire la tutela individuale anche nei casi in cui ciò possa mettere a repentaglio la piena efficacia del diritto comunitario. Infatti, la Corte fornisce una lettura organica di *Zuckerfabrik* e *Factortame*: "la tutela cautelare garantita dal diritto comunitario, ai singoli, dinanzi ai giudici nazionali non può variare a seconda che essi contestino la compatibilità delle norme nazionali con il diritto comunitario oppure la validità di norme del diritto comunitario medesimo. Vista la collocazione sistematica degli artt. 185 e 186 del Trattato CEE, i giudici nazionali devono garantire la posizione dei singoli, in forza del diritto comunitario, sia quando questi chiedano la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato (art.185) sia quando vengano richiesti provvedimenti provvisori (art.186)". Riguardo alle tre decisioni, è riconoscibile una modifica della prospettiva di guida e orientamento della Corte del Lussemburgo.

La decisione *Factortame* esprime in maniera lampante l'esigenza di effettività del diritto comunitario, per cui i provvedimenti contemplati negli artt. 185, 186 Trattato CEE, sono finalizzati al controllo del rispetto del diritto comunitario. Nel caso *Zuckerfabrik* questo potere è attribuito nell'ipotesi in cui venga contestata la validità del diritto comunitario; il tentativo di assicurare la protezione del singolo viene a costituire una minaccia, quindi, per la piena effettività del diritto comunitario. In *Atlanta* la protezione individuale, con la concessione delle misure previste dall'art.186, assume una preponderanza tale da poter schiacciare l'effettività del diritto comunitario.

Il principio di effettività che sta alla base della sentenza *Factortame*, è sostituito, per le decisioni relative a *Zuckerfabrik* e *Atlanta*, dal principio di effettività della tutela giurisdizionale. Le sentenze relative ai due ultimi casi citati, mostrano, da parte della Corte, la tensione verso il riequilibrio tra l'esigenza di effettività del diritto comunitario e l'esigenza di tutela dei diritti dei singoli.

Nella sentenza *Zuckerfabrik*, vengono ad essere creati dei limiti al potere cautelare, per cui tale potere sussiste al ricorrere di un certo numero di condizioni: 1) il giudice deve nutrire "gravi riserve" circa la validità dell'atto comunitario; 2) la sospensione dell'esecuzione deve mantenere carattere provvisorio; 3) il provvedimento provvisorio è collegato ad una necessità di urgenza, per cui è necessario evitare che il richiedente subisca un danno grave ed irreparabile. In *Atlanta*, la necessità di tali condizioni è ribadita, ma viste le maggiori ripercussioni che la concessione di "provvedimenti positivi" può avere sull'effettività del diritto comunitario, rispetto alla mera sospensione dell'esecuzione del provvedimento nazionale, esse sono rafforzate: 1) il giudice nazionale deve precisare, al momento della concessione del provvedimento cautelare, i motivi per i quali egli ritiene che il regolamento sarà dichiarato invalido; 2) il giudice nazionale deve dimostrare di aver considerato il pregiudizio che il provvedimento cautelare può arrecare, nell'ambito comunitario, alla situazione regolata dal regolamento contestato; 3)

Nell'ottica dell'effettività della tutela dei diritti di origine comunitaria, il principio cautelare è stato ulteriormente approfondito, dalla giurisprudenza, in applicazione della normativa sovranazionale di diritto derivato, soprattutto in materia di appalti. In particolare, in tal modo, la Corte di giustizia ha valorizzato l'istituto della tutela cautelare *ante causam*, in base al quale i giudici nazionali devono consentire la richiesta di misure provvisorie, a prescindere dalla presentazione di un ricorso giurisdizionale nel merito, al fine di consentire lo spiegamento dell'effetto utile previsto dalle direttive di settore<sup>88</sup>. Più specificamente, tale principio è stato precisato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Regno di Spagna*, in cui l'assenza della sua previsione nell'ordinamento spagnolo è stata giudicata pregiudizievole dei caratteri di celerità ed efficacia delle procedure di ricorso previste dalla direttiva CE 89/665 in materia di contestazione delle decisioni illegittime adottate nell'aggiudicazione delle gare pubbliche<sup>89</sup>.

Stessa prospettiva è stata accolta dalla Corte nella successiva ordinanza *DAC*, con la quale si è stabilito che gli Stati membri sono tenuti a conferire, agli organi competenti a decidere i ricorsi, la facoltà di adottare, indipendentemente da ogni azione preventiva, qualsiasi provvedimento provvisorio, inclusi i provvedimenti tesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto<sup>90</sup>. La

---

il giudice nazionale viene vincolato dalla Corte a rispettare le pronunce della Corte stessa o del tribunale di primo grado, in ordine alla legittimità del provvedimento contestato. Le tre decisioni esprimono unitamente il tentativo di creare una disciplina cautelare comunitaria che vincoli i giudici nazionali, in riferimento al diritto comunitario applicato. In dottrina GRECO, G., *Inoppugnabilità e disapplicazione*, cit., pp. 513-531; LIMBERTI, L., *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari "positivi"*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, p. 985 e ss.

<sup>88</sup> CGCE, ordinanza, Sez. IV, 29 aprile 2004. In tale occasione, la Corte di giustizia ha assunto una posizione intransigente, considerando vincolo direttamente scaturente dalla "Direttiva ricorsi" la previsione di tale forma di tutela cautelare, senza limitazioni o alternative di sistema. In tale caso, inoltre, nell'ordinamento spagnolo sussistevano, anche in assenza della tutela cautelare *ante causam*, altre forme di tutela tali da assicurare piene garanzie agli interessati alle procedure di appalto pubblico. Per un commento più approfondito si rinvia alla nota di LAZZARA, P., in *Foro amm.*, CDS, 2004, 1000; SANDULLI, M. A., *Introduzione al tema*, in SANDULLI, M. A. (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, *Quaderni de Il Foro amm. - TAR*, 2005.

<sup>89</sup> CGCE, sentenza 15 maggio 2003, in causa C-214/00, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*. Tale decisione è stata motivata sull'inadeguatezza della normativa spagnola, in quanto, contrastante con i principi comunitari di effettività della tutela, nonché con l'art. 2, comma 1 lett. a), della c.d. direttiva ricorsi, si rinvia sul punto a LAZZARA, P., *Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 1173; si osservi, peraltro, che il diritto comunitario non impone, a tal fine, il ricorso ad un sistema di tutela giurisdizionale, richiedendo, piuttosto, procedure contenziose, anche amministrative, che in materia di appalti pubblici possano garantire l'effettività della tutela delle situazioni giuridiche che scaturiscono dalla normativa comunitaria.

<sup>90</sup> CGCE, Ordinanza 29 aprile 2004, C-202/03, *DAC c. Ospedali civili di Brescia*. La VI Sezione della Corte di giustizia europea, statuendo sulla domanda di pronunzia pregiudiziale sottoposta dal Tribunale

rilevanza di tali approdi giurisprudenziali è evidente se si considera che tali stesse acquisizioni hanno significativamente indotto il giudice amministrativo italiano, prima, ed il legislatore dopo, a riconoscere l'ammissibilità di un ricorso cautelare proposto prima dell'instaurazione del processo principale, sulla base del fatto che alla gara partecipassero imprese di altri Stati membri, già dotati di siffatta forma di tutela<sup>91</sup>.

Infine, l'ingerenza del diritto comunitario si è avvertita rispetto ai poteri processuali attribuiti ai giudici nazionali in qualità di corti comunitarie. Più specificamente, con riferimento alla decorrenza perentoria dei termini per la proposizione delle azioni giurisdizionali, la Corte di Lussemburgo ha sancito il principio della (relativa e possibile) cedevolezza del termine, secondo il quale la necessità di garantire effettività al diritto comunitario può prevalere, a determinate condizioni, su quello di certezza dei rapporti giuridici<sup>92</sup>. In proposito, la Corte di giustizia ha stabilito, anzitutto, che il riferimento temporale iniziale per il decorso del termine di esperibilità del ricorso giurisdizionale per la tutela di diritti originati da direttive comunitarie coincide con il momento della trasposizione delle stesse negli ordinamenti interni<sup>93</sup>. Di conseguenza, impedendo allo Stato di eccepire la tardività di un'azione

---

Amministrativo per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, con l'ordinanza presidenziale n. 76 del 26 aprile 2003, ha stabilito che l'art. 2, n.1, lett. a) della Direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 665, CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture di lavori, come modificata dalla successiva Direttiva 18 giugno 1992, n. 50, deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto. Da questa decisione scaturisce, pertanto, l'obbligo per lo Stato di approntare un regime processuale idoneo, in tali materie, a consentire la sospensione della procedura di aggiudicazione prescindendo dall'instaurazione del contraddittorio e, addirittura, dalla proposizione di un ricorso di merito, e configurando in tale modo una vera e propria azione cautelare autonoma. È da notare, inoltre, che il giudice comunitario in questo caso ha adottato la forma dell'ordinanza in quanto si verteva su un caso oramai consolidato, richiamando i precedenti senza curarsi di prendere in considerazione le valide argomentazioni della nostra Avvocatura dello Stato.

<sup>91</sup> *In primis* Tar Toscana, Sez. II, 16 aprile 2004, n. 1147. Malgrado l'incerto cammino delle istituzioni comunitarie, l'influenza del diritto europeo sul diritto processuale nazionale è stata già assai significativa; per non dire degli sviluppi di diritto sostanziale, ma a diretto rilievo anche processuale come la risarcibilità degli interessi legittimi ingiustamente lesi (la notissima sentenza 500/1999 delle SS.UU. della Cassazione ha come una delle sue principali motivazioni proprio le argomentazioni di diritto comunitario). Pertanto, occorre considerare che la portata dell'istituto in questione è stata recepita dapprima nel "Codice dei contratti pubblici" e recentemente nel "Codice del processo amministrativo".

<sup>92</sup> Così MASSERA, A., *I principi generali*, cit., p. 393.

<sup>93</sup> CGCE, sentenza C-208/90, *Emmott*. In tale decisione la Corte ha dichiarato che il diritto comunitario si oppone a che le autorità competenti di uno Stato membro facciano valere le norme di procedura nazionali relative ai termini di ricorso nell'ambito di un'azione avviata nei loro confronti da un singolo dinanzi ai giudici nazionali, ai fini della tutela dei diritti direttamente conferiti dall' art. 4, n. 1,

giudiziaria avviata da un soggetto per far valere i diritti riconosciutigli da una direttiva comunitaria, finché questa non sia stata recepita nell'ordinamento interno, la Corte ha inteso tutelare il legittimo affidamento dei privati.

Nella stessa prospettiva, è stato affrontato il tema della rilevabilità d'ufficio, da parte dei giudici nazionali, dei motivi proposti fuori termine. In particolare, la sentenza *Peterbroeck* ha statuito che il semplice decorrere del termine di impugnazione non può costituire motivo sufficiente per impedire al giudice di valutare la compatibilità di una norma interna con una disposizione di diritto comunitario non dedotta in giudizio dal ricorrente<sup>94</sup>. Nel valorizzare il diritto di difesa del ricorrente, nonché il principio di leale collaborazione, *ex art. 10 TCE*, si è, però, realizzata la compressione di altro principio comune alla maggioranza dei sistemi processuali europei, ovvero il vincolo della pronuncia giudiziaria alla domanda dell'attore (cd. *petitum*). Da qui, la necessità di ridimensionare la portata dirompente di una simile pronuncia – tentando di ridurne il carattere generale a favore dell'applicazione eccezionale a singole fattispecie e sottolineando la legittimità della previsione di termini ragionevoli di impugnazione, in conformità al principio della certezza del diritto<sup>95</sup> – fino alla più recente sentenza *Santex*, in cui la Corte ha riconosciuto la necessità di esaminare, caso per caso, la compatibilità della regola generale del termine di decadenza con il principio di effettività del diritto comunitario, ammettendo la

---

della direttiva 79/7, finché tale Stato membro non abbia correttamente trasposto le disposizioni di detta direttiva nel suo ordinamento giuridico interno.

<sup>94</sup> CGCE, sentenza, 14 dicembre 1995, in causa C-312/93, *Peterbroeck*, in cui la Corte ha giudicato che “Il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma processuale nazionale che, a condizioni analoghe a quelle del procedimento di cui trattasi nella causa davanti al giudice a quo, vieta al giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, quando quest'ultima non sia stata invocata dal singolo entro un determinato termine”.

<sup>95</sup> Sotto il primo aspetto CGCE, sentenza 14 dicembre 1995, in causa C-430 e 431/93, *Van Schijndel*; sentenza 24 ottobre 1996, in causa C-72/95, *Zuid-Holland*; sentenza 29 aprile 1999, in causa C-224/97, *Ciola*: “... un divieto emanato anteriormente all'adesione di uno Stato membro all'Unione europea non attraverso una norma generale ed astratta, bensì attraverso un provvedimento amministrativo individuale e concreto divenuto definitivo, che sia in contrasto con la libera prestazione dei servizi, va disapplicato nella valutazione della legittimità di un'ammonda irrogata per l'inosservanza di tale divieto dopo la data dell'adesione”; sentenza 27 giugno 2000, in causa *Océano Grupo Editorial*. Così delimitata, detta giurisprudenza non pareva proprio che potesse introdurre particolari innovazioni nel nostro sistema (sia sul piano sostanziale, che processuale); infatti, considerato che nel nostro giudizio amministrativo l'inoppugnabilità è un principio privo di eccezioni, con la conseguenza che non si può contestare la legittimità di provvedimenti amministrativi non tempestivamente impugnati, non v'è spazio per un diverso trattamento (disapplicazione), qualora questi ultimi siano inficiati da illegittimità comunitaria. Con riguardo al secondo profilo CGCE, 10 luglio 1997, in causa C-261/95, *INPS*; sentenza 12 dicembre 2002, in causa C-470/99, *Universale-Bau AG*. In dottrina sul punto CERULLI IRELLI, V., *Diritto europeo e ...*, op. cit., p. 273; CHITI, M. P., *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 545 e ss.; GRECO, G., *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo comunitario nel quadro comunitario e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2006, p. 516 e ss.

ricevibilità di un ricorso contro un atto lesivo, divenuto inoppugnabile per decorrenza dei termini, secondo le regole proprie del diritto interno<sup>96</sup>.

Ciò dimostra che l’incidenza dell’interpretazione giurisprudenziale comunitaria sulle regole processuali nazionali, generalmente riservate all’autonomia istituzionale dei singoli ordinamenti, si è configurata in termini di compatibilità di tali strumenti con i principi processuali comunitari. Questo profilo è emerso con evidenza, in modo speculare, in relazione all’utilizzo di mezzi probatori e al tipo di sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche. Sotto il primo aspetto, è emblematico il caso *Regione Lombardia*, in cui la Corte non si è pronunciata nel merito della questione relativa alla disciplina italiana delle consulenze tecniche processuali, poiché dalla norma comunitaria non derivavano diritti soggettivi che il giudice nazionale fosse chiamato a tutelare<sup>97</sup>. Con riguardo al secondo aspetto, invece, va richiamata la sentenza-pilota *Upjohn*, in cui la Corte di giustizia ha abbracciato una visione restrittiva della capacità, del giudice nazionale, di sostituire il proprio giudizio degli elementi di fatto alle valutazioni tecniche delle autorità nazionali competenti<sup>98</sup>, non

---

<sup>96</sup> CGCE, sentenza 27 febbraio 2003, in causa C-327/00, *Santex s.p.a.* In questo caso la Corte ha riconosciuto che la fissazione di termini di ricorso a pena di decadenza risponde al principio di certezza del diritto e non contrasta col diritto comunitario; che, in particolare, il termine di decadenza di sessanta giorni risulta ragionevole e idoneo a garantire comunque l’applicazione della disciplina comunitaria; che tuttavia nel caso in cui l’esercizio del diritto di tutela giurisdizionale sia stato reso in concreto impossibile o difficilmente esercitabile, il Giudice è tenuto a disapplicare le norme nazionali di decadenza che disciplinano le impugnazioni. Con il che il regime (anche processuale) dell’atto amministrativo è risultato ricondotto nei consueti binari. Anche perché il dovere di disapplicazione (nell’eccezionale caso di cui si è detto) non riguarda il singolo atto, sibbene la disciplina della decadenza (così come sempre avviene presso di noi, attraverso l’istituto dell’errore scusabile). E questa è l’attuale sistemazione della materia, che ha trovato del resto anticipazione e conferma anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V, 10 gennaio 2003; Sez. IV, 30 marzo 2005 con nota di VALAGUZZA, S., *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere* in *Dir. proc. civ.*, p. 1107 e ss.

<sup>97</sup> CGCE, 23 febbraio 1994, in causa 236/92, *Regione Lombardia*; “in tutti i casi in cui talune disposizioni di una direttiva appaiano, sotto il profilo sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, sia che l’abbia recepita in modo inadeguato”.

<sup>98</sup> CGCE, sentenza 21 gennaio 1999, in causa C-120/97, *Upjohn*. La Corte così ha concluso: “1) La direttiva del Consiglio 26 gennaio 1965, 65/65/CEE, per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, e più in generale il diritto comunitario, non impongono agli Stati membri di istituire un rimedio giurisdizionale contro le decisioni nazionali di revoca delle autorizzazioni all’immissione in commercio di specialità medicinali, che consenta ai giudici nazionali competenti di sostituire la loro valutazione degli elementi di fatto, e in particolare dei mezzi di prova scientifica sui quali è basata la decisione di revoca, a quella delle autorità nazionali competenti in materia di revoca delle autorizzazioni. 2) Il diritto comunitario non prescrive che il giudice nazionale, al quale sia stato proposto un ricorso di annullamento contro una decisione di revoca di un’autorizzazione all’immissione in commercio di un determinato medicinale, si pronuncino su tale ricorso prendendo in considerazione ogni elemento di valutazione scientifica pertinente emerso successivamente all’adozione di questa decisione. 3) Le direttive 65/65 e la Seconda direttiva del Consiglio 20 maggio 1975, 75/319/CEE, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali 75/319, come

intendendo interferire, più di quanto non fosse strettamente necessario, nell'applicazione del diritto comunitario all'interno degli Stati membri. È evidente, pertanto, che il detto principio di non interferenza trova il proprio naturale limite nell'esigenza di assicurare l'effettività del diritto comunitario stesso.

## § 5. La dimensione amministrativa dell'Unione europea dopo Lisbona

L'esigenza di assicurare l'effettiva attuazione del diritto dell'Unione, se necessario anche mediante un'azione positiva di sostegno della capacità amministrativa degli Stati membri, è riconosciuta anche nel Trattato di Lisbona<sup>99</sup>. Riprendendo, pressoché integralmente, un'analoga norma contenuta nella "Costituzione europea", il trattato istituzionalizza, di fatto, la cooperazione amministrativa, ammettendo la possibilità, per l'Unione, di sostenere gli sforzi degli Stati membri volti a migliorare la "*capacity building*" delle amministrazioni nazionali, in particolare attraverso lo scambio di informazioni e personale<sup>100</sup>.

La norma in questione non è tuttavia l'unica disposizione del trattato che pone in rilievo la dimensione amministrativa dell'Unione europea; ve ne sono altre, che stabiliscono espressamente principi generali applicabili all'amministrazione eu-

---

*modificate dalla direttiva del Consiglio 26 ottobre 1983, 83/570/CEE, devono essere interpretate nel senso che, nel caso in cui il comitato delle specialità medicinali sia stato adito da più Stati membri in seguito ad una decisione di sospensione di un'autorizzazione all'immissione in commercio adottata dall'autorità nazionale competente e il termine per l'emissione di tale parere sia decorso, esse non ostano a che tale autorità emetta una decisione di revoca della detta autorizzazione senza attendere il parere del comitato delle specialità medicinali".*

<sup>99</sup> Sul Trattato di Lisbona BARONCELLI, S., *La partecipazione dell'Italia alla governance dell'Unione europea nella prospettiva del Trattato di Lisbona. Un'analisi delle fonti del diritto nell'ottica della fase ascendente e discendente*, Torino, 2008; BARUFFI, M.C., *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, 2008; BASSANINI, F. e TIBERI, G., *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010; FRANCAZANI, M. M. e BARONCELLI, S., *Europa: costituzione o Trattato per suo Fondamento? Sul Trattato di Lisbona e suoi sviluppi*, Napoli, 2010; ZILLER, J., *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, 2007; BATTISTOTTI, L., *Il Trattato di Lisbona: più efficacia, più trasparenza, più democrazia*, in *Sud in Europa*, 2009; CAPONI, R., *Democrazia, integrazione europea, circuito delle corti costituzionali (dopo il Lissabon-Urteil)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2010, pp. 387-405; GALETTA, D. U., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Diritto amministrativo*, 2010, n. 3, pp. 601-638; MIRATE, S. (nota di), *La CEDU nell'ordinamento nazionale: quale efficacia dopo Lisbona?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, 1346-1372; LISENA, F., *L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: che cosa è cambiato*, in *giustamm.it*, 2010, e PAMIO, V., *Il Trattato di Lisbona: prima analisi*, *ivi*, 2007; FRAGOLA, M., *Il Trattato di Lisbona. Che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato della Comunità europea*, Milano, 2010.

<sup>100</sup> Art. 197 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che riprende l'art. III-285 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, in *GUCE*, C 310 del 16 dicembre 2004. In dottrina DE LUCIA, L., *Cooperazione e conflitto nell'Unione amministrativa europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, pp. 14-15; ID., *Autorizzazioni transazionali e cooperazione amministrativa nell'ordinamento europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 759 e ss.

ropea (“aperta, efficace ed indipendente”<sup>101</sup>) e garanzie dei diritti dei singoli nei confronti di istituzioni, organi ed organismi appartenenti all’Unione (per es. in materia di trasparenza<sup>102</sup>) Sovrapponendo il Trattato di Lisbona a quello di Roma, all’interno del quale le questioni amministrative erano del tutto marginali, si evidenzia come questo valorizzi chiaramente la materia amministrativa, come confermato, inoltre, dall’attribuzione, all’Unione europea, di una competenza complementare a quella degli Stati membri in materia di cooperazione amministrativa<sup>103</sup>.

In particolare, il trattato prevede espressamente l’adozione di misure volte ad assicurare la cooperazione amministrativa tra i servizi competenti degli Stati membri e la Commissione europea nei settori rientranti nello “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” (Titolo V)<sup>104</sup>.

Pertanto, si può benissimo affermare che l’idea di un diritto amministrativo comune, avanzata più di trent’anni fa da Jean Rivero, nel suo noto contributo sulle prospettive del diritto amministrativo in Europa, sembra oggi definitivamente confermata dall’esistenza di un’amministrazione europea integrata, sia in senso oggettivo (sotto il profilo dell’attività) che soggettivo (sotto il profilo dell’organizzazione)<sup>105</sup>. Un’amministrazione europea che il Trattato di Lisbona impronta, come pre-

---

<sup>101</sup> Art. 298 TFUE. Tale disposizione, come è stato evidenziato in dottrina, pur non fornendo una definizione positiva della nozione europea di amministrazione, ne riflette la complessità e la stratificazione, come testimoniato dall’inciso per cui la funzione amministrativa è esercitata da “*istituzioni, organi e organismi*” riconducibili all’Unione europea. Per un maggior approfondimento si rinvia a GRECO R., *Il diritto amministrativo europeo dopo il trattato di Lisbona in giustizia-amministrativa.it*.

<sup>102</sup> Con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la base giuridica per l’accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni è diventato l’articolo 15, paragrafo 3, del TFUE (già art. 255 TCE). L’esercizio della trasparenza e del diritto di accesso hanno acquistato con Lisbona una portata di valore costituzionale, strettamente legata al principio di democrazia e di apertura del processo legislativo. L’art. 15 TFUE prevede che: “*Qualsiasi cittadino dell’Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell’Unione, a prescindere dal loro supporto*”. Il diritto di accesso viene dunque esteso, comprendendo non solo i documenti delle Istituzioni, anche degli organi, uffici e agenzie dell’Unione. La Corte di giustizia dell’Unione europea, la BCE e la Banca europea per gli investimenti sono soggette al dettato del Trattato solo quando esercitano funzioni amministrative, permane invece la limitazione della titolarità del diritto a cittadini europeo e alle persone fisiche e giuridiche residenti in uno Stato membro.

<sup>103</sup> Art. 6, lett. g) TFUE. L’articolo attribuisce all’Unione competenze di sostegno, coordinamento e completamento dell’azione degli Stati membri anche in materia di tutela e miglioramento della salute umana, di industria, cultura, turismo, istruzione, formazione professionale, gioventù, sport e protezione civile. In dottrina si rinvia a PORCHIA, O., *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2010, pp. 631-651.

<sup>104</sup> Art. 74 del TFUE. Tale articolo riformula il contenuto dell’articolo 66 del TCE, in base al quale il Consiglio adotta misure al fine di assicurare la cooperazione amministrativa tra i servizi competenti degli Stati membri nei settori di cui al presente titolo e fra tali servizi e la Commissione. A questo fine è prevista l’adozione di misure da parte del Consiglio su proposta della Commissione ma con la mera consultazione del Parlamento europeo.

<sup>105</sup> RIVERO, J., *Vers un Droit Commun Européen: Nouvelles Perspectives en Droit Administratif*, in CAPPELLETTI, M. (ed. by), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Firenze, 1978, p. 406.



cedentemente osservato, a quei criteri di indipendenza, trasparenza, efficacia ed apertura alla partecipazione della società civile, che costituiscono i concetti chiave della *governance* amministrativa europea<sup>106</sup>

Inoltre, il ricorso sempre più frequente ai modelli di esercizio congiunto di una funzione comunitaria, nonché la creazione di organismi di collegamento tra i governi nazionali, e tra questi e l'amministrazione comunitaria, pone in risalto l'evoluzione dei rapporti amministrativi tra Stati e Comunità ed il bisogno di garantire, attraverso formule di coordinamento progressivamente più elaborate, l'efficacia dell'azione amministrativa<sup>107</sup>.

Pertanto, in un siffatto contesto di crescente codipendenza, il ruolo dei principi generali dell'ordinamento comunitario è quello di garantire la compatibilità ordinamentale tra i vari livelli, incentivando la cooperazione e l'azione sussidiaria secondo modalità di relazione che, a differenza dell'integrazione normativa e di quella giudiziaria, si fondano sulla collaborazione e sulla dialettica, piuttosto che sulla gerarchia<sup>108</sup>; così, la complessità che risulta dalla composizione in raccordi di tipo procedimentale ed organizzativo di amministrazioni disposte su più piani viene gestita, nel sistema amministrativo comune, mediante il decentramento e l'interconnessione e nel rispetto dei principi fondamentali della leale cooperazione, della proporzionalità e della sussidiarietà<sup>109</sup>; principi, questi ultimi, che il Trattato di Lisbona riprende e valorizza con particolare riferimento alla ripartizione delle competenze tra il livello nazionale e quello sovranazionale<sup>110</sup>.

Eppure, il modello dei rapporti amministrativi che si è affermato in questi ultimi decenni, e che appare assai distante da quello originariamente immaginato dagli estensori del Trattato di Roma, sembra deporre a favore del superamento delle contrapposizioni tra istituzioni collocate sui diversi livelli di governo, fondandosi, piuttosto, sull'idea che l'interazione tra più soggetti e l'interconnessione tra più apparati, ovvero il metodo della "decisione congiunta"<sup>111</sup>, piuttosto che alterare il

<sup>106</sup> Artt. 15 e 298 TFUE. Sulla nozione di "governance europea" AMIRANTE, C., *Dalla forma stato alla forma mercato*, cit.; GALETTA, D. U., *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, pp. 265-283.

<sup>107</sup> Come osserva SCHIMDT e ABMANN, E., *Forme di cooperazione amministrativa europea*, in *Diritto amministrativo*, 2003, p. 478; CASSESE S., *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 1993, pp. 769-774; INGRAO, G., *Dalle teorie moniste e dualiste all'integrazione dei valori nei rapporti tra diritto interno e comunitario alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto tributario*, 2010, p. 213 e ss.

<sup>108</sup> Sul punto GRECO, G. *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 1993, 85 - 89; FALCON, G. *Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 1993, pp. 74-893.

<sup>109</sup> PINELLI, C. *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Il diritto dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 725.

<sup>110</sup> Protocollo (n.2) sull'applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà.

<sup>111</sup> Così SCHARPF, F. W. *Verso una teoria ...*, op. cit., p. 26.

funzionamento della macchina europea, possa renderne più fluidi ed efficaci gli ingranaggi.

Ernesto Apa\*

## IL MARGINE DI APPREZZAMENTO STATALE NEL SISTEMA DELLA CEDU

SOMMARIO: § 1. Introduzione – § 2. La dottrina del margine di apprezzamento statale – § 2.1. Margine di apprezzamento statale tra tensione universalistica della CEDU e principio di sussidiarietà – § 2.2. Enunciazione della dottrina del margine di apprezzamento statale – § 3. Margine di apprezzamento statale e pronunce in materia di rapporto tra religione e società – § 3.1. *Otto Preininger Institut c. Austria* – § 3.2 *Wingrove c. Regno Unito* – § 3.3. Le sentenze del velo islamico – § 3.4. *Lautasi c. Italia* – § 4. Margine di apprezzamento statale e pronunce in materia di pubblicità commerciale – § 4.1. Rilievi introduttivi – § 4.2.1. *Pastore X e Chiesa di Scientology c. Svezia* – § 4.2.2. *Markt-Intern Verlag c. Germania* – § 4.2.3. *Casado Coca c. Spagna* – § 4.2.4. *Stambuk c. Germania* – § 4.3. Limiti alla tutela della pubblicità commerciale ai sensi dell'art. 10 CEDU – § 4.4. L'inquadramento della pubblicità commerciale nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee – § 4.4.1. Cenni sulla tutela della libertà di manifestazione del pensiero nel diritto comunitario – § 4.4.2. Pubblicità commerciale e art. 10 CEDU nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee – § 4.4.3. Limiti alla tutela della pubblicità commerciale nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee – § 5. A mo' di conclusione

### § 1. Introduzione

Sul margine di apprezzamento statale studiosi di diversi paesi hanno fatto scorrere fiumi di inchiostro<sup>1</sup>, ora per sostenere la correttezza di questa tecnica di

---

\* Ernesto Apa, avvocato in Roma, dottore di ricerca e cultore della materia.

<sup>1</sup> Tra i numerosissimi contributi sul tema del margine di apprezzamento statale nella giurisprudenza degli organi della CEDU, ci si limita a ricordare DONATI, F. e MILAZZO, P., *La dottrina del margine di apprezzamento statale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.associazionedei costituzionalisti.it](http://www.associazionedei costituzionalisti.it), 2003; LETSAS, G., *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, 705 ss.; MCDONALD ST. JOHN, R., *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione, Studi in onore di Roberto Ago*, Giuffrè, Milano, 1987, III, p. 187 ss.; MANCINI, S., *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle Corti*, in [www.associazionedei costituzionalisti.it](http://www.associazionedei costituzionalisti.it), 2010; MORRISON, C., *The margin of appreciation in European human right law*, in *Revue des droit de l'homme*, 1967, p. 286; SAPIENZA, R., *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Conven-*

giudizio, ora per avversarla ed evidenziarne gli inconvenienti. In questo intervento, deposta ogni pretesa esaustività dell'esposizione, si ripercorrerà la giurisprudenza degli organi della CEDU<sup>2</sup> con riferimento a due temi specifici, per verificare come abbia trovato applicazione la dottrina del margine di apprezzamento statale<sup>3</sup>.

I due filoni giurisprudenziali scelti attengono a temi piuttosto distanti tra loro:

a) da un lato un tema classico, il rapporto tra sensibilità religiosa e libertà costituzionali, che non ha mai cessato di essere attuale e comunque in tempi recenti, con la celebre sentenza *Lautsi* sull'affissione del crocifisso nelle scuole pubbliche italiane, è tornato al centro del dibattito scientifico e ha ridestato l'interesse, quello sì forse sopito, dell'opinione pubblica;

b) dall'altro lato un tema assai meno arato, la pubblicità commerciale, forse un po' negletto nella riflessione dottrinale giuspubblicistica, al quale tuttavia la Corte di Strasburgo ha dedicato diverse pronunce.

Si proverà quindi a tenere sacro e profano insieme, per cogliere, nelle sue linee essenziali, come la dottrina del margine di apprezzamento statale si sia atteggiata nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e dell'ormai abolita Commissione europea dei diritti dell'uomo.

## § 2. La dottrina del margine di apprezzamento statale

### § 2.1. *Margine di apprezzamento statale tra tensione universalistica della CEDU e principio di sussidiarietà*

Prima di introdurre l'esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è opportuno, se non altro a vantaggio di un'ordinata esposizione, riepilogare i termini della dottrina del margine di apprezzamento statale.

Tale dottrina è stata elaborata dagli organi della Convenzione come regola di giudizio funzionale a trovare l'equilibrio tra la vocazione universalistica della CEDU

---

zione europea dei diritti dell'uomo, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 571 ss., SCIARABBA, V., *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, Giappichelli, Torino, 2007.

<sup>2</sup> Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, nella cornice del Consiglio d'Europa, e resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848.

<sup>3</sup> Si segnala che due tra le principali monografie sull'argomento contengono una lista completa (ancorché oramai datata) delle pronunce rese dalla Corte nelle quali viene richiamata la dottrina del margine di apprezzamento statale: il riferimento è a YOURROW, H.C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1996, che contiene un elenco cronologico delle pronunce, e ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen-Oxford New York, 2001, che ordina le sentenze in base agli articoli della Convenzione.

e le limitazioni che derivano dal rapporto, retto dal principio di sussidiarietà, tra la Corte di Strasburgo e le autorità nazionali degli Stati aderenti.

La CEDU, infatti, come qualsiasi carta soprannazionale dei diritti, non può che avere una vocazione universale, intesa come pretesa ad imporsi come uniforme, non derogabile e non eludibile parametro di legittimità e standard di protezione, provvisto di efficacia conformativa nei confronti degli ordinamenti nazionali<sup>4</sup>. Di questa vocazione universale si trova chiara traccia nel preambolo della Convenzione.

D'altro canto, però, essa partecipa delle naturali tensioni tra istanze soprannazionali e sovranità nazionale, che impongono di trovare una misura nel rapporto, una regola di riparto di competenze. Tale regola è stata individuata nel criterio di sussidiarietà, che trova espressione nella clausola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, prevista all'articolo 35 della Convenzione.

L'esaurimento delle vie di ricorso interne esprime però una regola di natura procedurale, che funge da "filtro" per l'accesso alla Corte; occorre quindi enucleare anche una regola sostanziale da applicare nei casi in cui la questione controversa superasse detto filtro.

Un generico riferimento al criterio di sussidiarietà non sarebbe stato sufficiente: per limitarci ad un esempio, la sussidiarietà può essere declinata infatti nelle forme della sufficienza (la Corte interviene laddove un diritto non è sufficientemente tutelato in ambito nazionale) o dell'efficienza (si accede all'istanza soprannazionale quando questa è in grado di apprestare una tutela migliore, più penetrante, rispetto a quella assicurata in ambito locale).

La Corte, nel comporre la dicotomia tra la tensione all'universalità e le mitigazioni del principio di sussidiarietà, ha trovato la cifra d'incisione nella dottrina del margine di apprezzamento statale, la quale, a differenza della regola dell'esaurimento delle vie di ricorso interne, non è espressa dalla Convenzione, ma è regola di creazione pretoria.

### § 2.2. *Enunciazione della dottrina del margine di apprezzamento statale*

La dottrina del margine di apprezzamento statale è stata introdotta per la prima volta dalla Commissione nel 1956, nel caso *Grecia c. Regno Unito*<sup>5</sup>, e poi enucleata più chiaramente dalla Corte nel 1961, nella sentenza *Lawless c. Irlanda*<sup>6</sup>. (resa a seguito del primo ricorso individuale presentato alla Corte), in relazione all'applicazione dell'articolo 15 della CEDU, che consente agli Stati di derogare alla

---

<sup>4</sup> Sull'incidenza della CEDU nella giurisprudenza delle corti nazionali si rinvia a MARTINICO, G. e POLLICINO, O. (a cura di), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010.

<sup>5</sup> Commissione europea dei diritti dell'uomo, decisione del 2 giugno 1956, *Grecia contro Regno Unito*.

<sup>6</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 14 novembre 1960, *Lawless contro Irlanda*.

Convenzione stessa in casi di urgenza (es.: in caso di guerra o altro pericolo che minacci la vita della nazione – *salus rei publicae suprema lex esto*), nella stretta misura in cui la situazione lo richieda.

Gli studiosi che si sono occupati di questo tema ricordano che la matrice della dottrina del margine di apprezzamento statale è da rintracciarsi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato francese sul controllo giurisdizionale della discrezionalità della pubblica amministrazione<sup>7</sup>. Forse il parallelismo regge nelle sue linee essenziali, ma mi sembra che, scendendo nel dettaglio, le tecniche di giudizio impiegate marchino alcune differenze significative. Da taluno è stato infatti proposto che oggi il rapporto tra la CEDU e la Corte di Strasburgo da un lato e la discrezionalità degli Stati dall'altro, più che riecheggiare il sindacato del giudice comune sull'azione amministrativa, sarebbe semmai assimilabile a quello esistente tra Costituzione e Corte costituzionale da un lato e discrezionalità del legislatore dall'altro<sup>8</sup>.

Pur essendo note altre pronunce che, negli anni successivi, hanno adottato la medesima tecnica argomentativa, per una compiuta enunciazione della dottrina del margine di apprezzamento statale dovremo attendere la fine del 1976 e la sentenza *Handyside c. Regno Unito*<sup>9</sup>, nella quale, per la prima volta, il margine di apprezzamento statale si “sgancia” dall'15 della Convenzione e viene applicato in un ambito diverso.

Il caso sottoposto al giudizio della Corte verteva sulla decisione delle autorità britanniche di vietare la diffusione di un libro scolastico – *The Little Red Schoolbook* – che descriveva anche stili di vita e abitudini sessuali che si discostavano dal modello dominante. Il parametro invocato dal ricorrente era l'art. 10 della Convenzione, che, come è noto, tutela la libertà di espressione. Il Governo del Regno Unito opponeva che l'*Obscene Publications Act* del 1959 era da ritenersi conforme all'esigenza di tutela della morale riconosciuta dal secondo comma dell'art. 10 della CEDU, esigenza particolarmente avvertita rispetto ad un libro diretto a giovani che “*attraversavano lo stadio particolarmente critico dell'età dello sviluppo*” (“*the court first stressed that [the book] was intended for children passing through a highly critical stage of their development*”).

A fronte di questi argomenti, la Corte inizia con l'espone la formula del margine di apprezzamento statale come era stata delineata nella giurisprudenza precedente, ed in particolare nelle sentenze *Belgian Linguistic* del 1968<sup>10</sup> e *DeWilde, Ooms e Versypt c. Belgio* del 1971<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> DONATI, F. e MILAZZO, P., *op. cit.*, 70; MANCINI, S., *op. cit.*, 2; SCIARABBA, V., *op. cit.*, p. 236.

<sup>8</sup> SCIARABBA V., *op. et loc. cit.*, p. 236.

<sup>9</sup> Cfr. REPETTO, G., *Alle origini del margine di apprezzamento, tra self restraint e inquadramento del pluralismo: il caso Handyside*, in [www.diritti-cedu.unipg.it](http://www.diritti-cedu.unipg.it), 2010; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 7 dicembre 1976, *Handyside contro Regno Unito*.

<sup>10</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 23 luglio 1968, *Belgian Linguistic*.

<sup>11</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 18 giugno 1971, *DeWilde, Ooms e Versypt contro Belgio*.

Al paragrafo 48 della sentenza *Handyside* si legge: “La Corte osserva che il meccanismo di protezione stabilito dalla Convenzione è sussidiario rispetto al sistema nazionale di salvaguardia dei diritti umani. La Convenzione lascia a ciascuno Stato contraente, in primo luogo, il compito di assicurare i diritti e le libertà che essa tutela. In particolare, non è possibile rinvenire nella legge nazionale dei diversi Stati contraenti una concezione europea uniforme di morale. Le posizioni assunte dai rispettivi diritti nazionali in ordine ai requisiti della morale variano da un momento all’altro e da un luogo all’altro, specialmente nella nostra epoca, che è caratterizzata da una rapida e intensa [far-reaching, nel testo originale] evoluzione delle opinioni in materia. In ragione del loro diretto e costante contatto con le forze vitali dei loro paesi, le autorità nazionali sono, in linea di principio, in una posizione migliore [in a better position] rispetto ai giudici internazionali per esprimere un’opinione sull’esatto contenuto di questi requisiti, così come sulla “necessità” di una “restrizione” o di una “sanzione” diretta a rispettarli” [quest’ultimo argomento esprime la ratio del principio di sussidiarietà]<sup>12</sup>.

Tuttavia, precisa la Corte, questo non si traduce in un potere di valutazione riconosciuto senza limite alcuno allo Stato: la Corte deve, infatti, esercitare una supervisione sugli esiti di questa valutazione, per accertare che essa sia coerente con gli standard di tutela apprestati dalla Convenzione.

Perché questa supervisione non sia illusoria, inoltre, è necessario che la Corte esamini il merito della vicenda (cioè, per tornare al caso *Handyside*, è necessario che la Corte esamini la pubblicazione oggetto di giudizio, nonché le prove e gli argomenti addotti dal ricorrente sia nel procedimento nazionale che in quello internazionale).

Lech Garlicki nella sua relazione del 2007<sup>13</sup> ha “isolato” gli elementi costitutivi della dottrina del margine di apprezzamento statale, evidenziando come l’estensione del margine di apprezzamento statale dipenda innanzitutto dalla natura del diritto inciso e dagli obiettivi perseguiti. Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo è infatti radicata una costruzione gerarchica dei diritti tutelati dalla Convenzione, in forza della quale, ad esempio, nessun margine di apprezzamento sarebbe ammesso

---

<sup>12</sup> “48. The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights [...]. The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted (Article 26) [...]. These observations apply, notably, to Article 10 para. 2 (art. 10-2). In particular, it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the “necessity” of a “restriction” or “penalty” intended to meet them”.

<sup>13</sup> GARLICKI, L., *Cultural Values in Supranational Adjudication: Is There a “Cultural Margin of Appreciation” in Strasbourg?*, relazione alla IACL Round Table su “Constitution and Culture(s)”, Ravenna, 22-24 marzo 2007.

in materia di tortura, soggetta ad un divieto assoluto, mentre un ampio margine è riconosciuto agli Stati contraenti nel disciplinare la proprietà privata. Analogamente, nelle materie nelle quali esiste un *compelling public interest* da tutelare oppure occorre far fronte ad una delle emergenze di cui all'articolo 15 della Convenzione, la Corte segue un indirizzo di *self restraint*.

Inoltre, il margine di apprezzamento statale è ampio quando i cittadini hanno diritto ad una prestazione da parte dello Stato ed è invece più tenue quando di tratta di obblighi negativi di astensione che gravano sui pubblici poteri.

L'elemento maggiormente caratterizzante è però rappresentato dal c.d. *consensus standard*, ossia dall'omogeneità di approccio nelle discipline nazionali: quanto più i diritti nazionali sono convergenti tra loro, tanto meno spazio troverà il margine di apprezzamento statale.

### § 3. Margine di apprezzamento statale e pronunce in materia di rapporto tra religione e società

#### § 3.1. *Otto Preminger Institut c. Austria*

Nella sentenza resa nel caso *Otto Preminger Institut c. Austria*<sup>14</sup>, la Corte ritiene legittimo, alla stregua dell'art. 10 CEDU, la censura ed il sequestro del film *Das Liebeskonzil* sulla scorta di tre ordini di motivi:

a) chi esercita la libertà di parola in materia religiosa deve astenersi da affermazioni gratuitamente offensive, che da un lato sono suscettibili di violare i diritti altrui, dall'altro non offrono alcun contributo al dibattito pubblico<sup>15</sup>;

b) “come nel caso della morale, non è possibile rinvenire in Europa una concezione uniforme del significato della religione nella società; queste concezioni, addirittura, possono variare anche all'interno di uno stesso Stato. Per questa ragione non è possibile formulare una definizione comprensiva di che cosa costituisce una limitazione legittima all'esercizio di manifestare il pensiero, quando l'espressione è diretta contro i sentimenti religiosi altrui. Un certo margine di apprezzamento deve quindi essere lasciato alle autorità nazionali per accertare l'esistenza e l'estensione della necessità di tale limitazione”<sup>16</sup>. Già in precedenza, nel 1988, nel caso *Muller e altri c. Svizzera*, la Corte aveva ritenuto che “non è possibile rinvenire nell'ordine sociale e nell'ordinamento giuridico degli stati membri una concezione uniforme europea della morale”<sup>17</sup>. Con ciò, si era consentita una compressione della libertà d'espressione artistica;

<sup>14</sup> CORTE europea dei diritti dell'uomo, sentenza 20 settembre 1994, *Otto Preminger Institut c. Austria*.

<sup>15</sup> Sentenza *Otto Preminger*, paragrafo 49.

<sup>16</sup> Sentenza *Otto Preminger*, paragrafo 50.

<sup>17</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 24 maggio 1988, *Muller e altri contro Svizzera*.



c) *“Le Corti austriache [...] sostengono che il film costituisce un attacco illegittimo alla religione cattolica romana, secondo la concezione del pubblico tirolese [...]. La Corte non può non*

*considerare il fatto che la religione cattolica romana costituisce la confessione della grande maggioranza dei tirolesi. Nel censurare il film, le autorità austriache hanno agito al fine di assicurare la pace religiosa nella regione [...]. E non hanno quindi valicato il margine di apprezzamento”*<sup>18</sup>.

Il film in discorso era la registrazione di una messa in scena, svoltasi al teatro Belli di Roma, della nota opera teatrale di Oskar Panizza, che già era costata al suo autore nel 1895 una condanna ad un anno di prigione per blasfemia.

### § 3.2. *Wingrove c. Regno Unito*

In *Wingrove c. Regno Unito*<sup>19</sup> del 1996 (relativo ad un film del regista Wingrove, *“La Visione dell’Estasi”*, nel quale l’estasi mistica di Santa Teresa d’Avila è rappresentata mediante scene erotiche tra la santa e Gesù), la Corte stabilisce che *“non è possibile rinvenire per il momento un terreno comune nell’ordine normativo e sociale degli stati membri”*, con la conseguenza, in termini di sindacato delle scelte operate a livello statale, che *“mentre vi è un margine limitato per restringere il dibattito politico e il dibattito su questioni di pubblico interesse, il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri è generalmente più ampio quando essi regolano la libertà di espressione in relazione a materie suscettibili di offendere convinzioni personali nella sfera della morale o, particolarmente, della religione”*.

### § 3.3. *Le sentenze del velo islamico*

Nell’ultimo decennio la Corte si è pronunciata diverse volte sul tema, assai noto, del diritto delle donne islamiche di indossare il velo nei luoghi pubblici.

I casi decisi sono assai simili tra loro, vertendo su normative nazionali che vietano agli insegnanti e agli studenti di esibire simboli religiosi nei luoghi di istruzione.

La Corte si attesta su posizioni di fiera difesa della laicità come principio fondamentale e, in considerazione della circostanza che *“non è possibile rinvenire in Europa una concezione uniforme del significato della religione nella società [e che] il significato e l’impatto della manifestazione pubblica delle credenze religiose varia in base al momento e al contesto”*<sup>20</sup>, riconosce agli Stati un ampio margine di apprezzamento nel disciplinare il rapporto tra sfera pubblica e confessioni religiose.

<sup>18</sup> Sentenza *Otto Preminger*, paragrafo 50.

<sup>19</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 25 novembre 1996, *Wingrove contro Regno Unito*.

<sup>20</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza 10 novembre 2005, *Leyla Şahin contro Turchia*.

### § 3.4. *Lautasi c. Italia*

Nel 2009 la Corte di Strasburgo si è pronunciata sulla legittimità della disciplina italiana che prevede l'affissione del crocifisso nella aule scolastiche degli istituti d'istruzione pubblici<sup>21</sup>. Il caso è assai noto, quindi non si indugerà sui dettagli della vicenda.

La Corte disattende gli argomenti proposti dal Governo italiano, imperniati in parte proprio sul margine di apprezzamento statale, e, sulla scorta del Protocollo n. 1 – che salvaguarda il pluralismo educativo in una cornice di laicità – censura la disciplina italiana in discorso (risalente agli anni '20), retaggio di una concezione confessionale ormai superata.

Presupposto di questa decisione è, naturalmente, l'attribuzione al crocifisso di quella connotazione di simbolo religioso che a me sembra francamente innegabile e che invece il Governo italiano, similmente a quanto già avevano fatto il TAR Veneto<sup>22</sup> ed il Consiglio di Stato<sup>23</sup>, pretendeva di dissolvere in una dimensione esclusivamente culturale.

## § 4. Margine di apprezzamento statale e pronunce in materia di pubblicità commerciale<sup>24</sup>

### § 4. 1. *Rilievi introduttivi*

Prima di scorrere l'elenco delle sentenze della Corte di Strasburgo in materia di pubblicità commerciale nelle quali trova impiego la dottrina del margine di apprezzamento statale, è opportuno ricordare:

*a)* in primo luogo, che la tutela della libertà d'espressione, nella sistematica della CEDU, è suscettibile di subire limitazioni (invero non poche<sup>25</sup>), subordinate al ricorrere congiunto delle condizioni formali (la riserva di legge) e sostanziali di cui al secondo comma del medesimo art. 10 della CEDU;

*b)* in secondo luogo, che la CEDU, secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo (e dell'ormai abolita Commissione europea dei diritti dell'uomo), accor-

<sup>21</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 3 novembre 2009, *Lautsi contro Italia*.

<sup>22</sup> Tar Veneto, sentenza 17 marzo 2005, n. 1110.

<sup>23</sup> Consiglio di Stato, sentenza 1 febbraio 2006, n. 556.

<sup>24</sup> Il presente paragrafo costituisce la rielaborazione di uno dei paragrafi di APA, E., *La pubblicità commerciale: struttura, natura e referenti costituzionali*, di prossima pubblicazione.

<sup>25</sup> Una critica all'eccessiva ampiezza dello spettro di limiti alla libertà d'espressione ammessi dal secondo comma dell'art. 10 CEDU è formulata da STANCATI, P., *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi* (Parte I), in *Politica del diritto*, 2005, n. 2, p. 201.

da tutela ad ogni forma di manifestazione del pensiero<sup>26</sup>, senza avere riguardo allo scopo perseguito (e quindi tutelando anche le manifestazioni aventi scopo di lucro<sup>27</sup>) né al contenuto, che rileva ai soli fini della determinazione dell'intensità della protezione<sup>28</sup>.

Coerentemente rispetto a questa impostazione, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha quindi ritenuto che la garanzia dell'art. 10 CEDU copra anche la pubblicità commerciale, nei termini di seguito indicati.

#### § 4.2. *Le pronunce*

##### § 4.2.1. *Pastore X e Chiesa di Scientology c. Svezia*

Nel caso *Pastore X e Chiesa di Scientology c. Svezia*<sup>29</sup> per la prima volta un organo della CEDU (e più precisamente la Commissione) afferma che anche la pubblicità commerciale gode della tutela dell'art. 10 della Convenzione.

Nel 1973 la Chiesa di Scientology pubblicò una rivista contenente, tra l'altro, un annuncio pubblicitario, completo di prezzo, relativo all'E-metro, un apparecchio elettronico la cui funzione consisteva nel misurare le variazioni della qualità spirituale. Sulla scorta dello slogan "non esiste purificazione senza E-metro", l'annuncio sosteneva che nessun aderente alla Chiesa di Scientology potesse fare a meno di tale strumento, necessario complemento al percorso di elevazione spirituale che, come è noto, caratterizza l'esperienza religiosa dei fedeli di questo credo.

L'Ombudsman svedese, competente per la tutela dei consumatori, ottenne una pronuncia giurisdizionale che inibiva l'impiego di alcune frasi dell'annuncio, ritenute idonee ad integrare un messaggio pubblicitario ingannevole.

La Commissione, investita della questione, rilevò in primo luogo come la valutazione delle corti svedesi fosse circoscritta ai profili di ingannevolezza del messaggio pubblicitario, senza avanzare la pretesa di impedire alla Chiesa di Scientology di diffondere le proprie credenze in ordine al carattere religioso dell'E-metro.

Sebbene, quindi, gli aspetti religiosi non costituissero l'oggetto della controversia, nondimeno la Commissione ritenne applicabile l'art. 10 CEDU, affermando

---

<sup>26</sup> Gli orientamenti della Corte di Strasburgo sono raccolte nel volume *Freedom of expression in Europe: case-law concerning article 10 of the European Convention on Human Rights*, 2007 (diciottesima edizione), pubblicato a cura del Consiglio d'Europa nell'ambito della collana *Human rights files*.

<sup>27</sup> Come riconosciuto espressamente dalla sentenza *Casado Coca*: cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Casado Coca contro Spagna* del 24 febbraio 1994.

<sup>28</sup> Cfr., tra le altre, le sentenze *Sunday Times contro Regno Unito* del 26 aprile 1979; *Muller e altri contro Svizzera* del 24 maggio 1988; *Karatas contro Turchia* dell'8 luglio 1999; *Sener contro Turchia* del 18 luglio 2000; *Skalka contro Polonia* del 27 agosto 2003.

<sup>29</sup> Commissione, decisione *X e Chiesa di Scientology contro Svezia* del 5 maggio 1979.

che “*il messaggio commerciale non è privato, come tale, della tutela prevista dal paragrafo 1 dell’articolo 10*”, pur godendo di un livello di protezione attenuato rispetto ad altre forme di manifestazione del pensiero, quali ad esempio le opinioni politiche.

In particolare, secondo la Commissione la libertà di comunicazione commerciale è suscettibile di restrizioni intese a tutelare i consumatori da messaggi ingannevoli, conformemente a quanto previsto dalla legislazione della maggior parte dei paesi aderenti alla CEDU. Tali restrizioni sono viepiù giustificate nei casi in cui l’attività commerciale è svolta da comunità religiose, ai cui argomenti i consumatori/fedeli sono particolarmente sensibili.

In base a tali considerazioni, la Commissione reputò che le misure adottate dalla Svezia fossero giustificate dall’esigenza di tutelare i diritti dei consumatori.

#### § 4.2.2. *Markt-Intern Verlag c. Germania*

La *Markt-Intern Verlag*, società editoriale schierata a tutela degli interessi di piccole e medie imprese, pubblicava in uno dei suoi bollettini un articolo, a firma del giornalista Klauss Beerman, che trattava di un caso in cui la società inglese *Cosmetic Club International* non aveva restituito il prezzo pagato per l’acquisto di propri cosmetici ad una cliente che aveva esercitato il diritto di recesso nel rispetto di quanto previsto dal contratto di vendita. L’articolo sollecitava i clienti della *Cosmetic Club International* a segnalare se in altri casi di recesso detta società avesse restituito gli importi dovuti o meno.

La *Cosmetic Club International* ottenne dalle corti tedesche che, ai sensi della disciplina sulla concorrenza sleale, fosse inibito alla casa editrice ed al giornalista la pubblicazione dei risultati di questa inchiesta.

Dinnanzi alla Commissione, adita sia dalla *Markt-Intern Verlag* che dal signor Beerman, il Governo tedesco sostenne che la fattispecie non ricadesse nell’ambito di applicazione dell’art. 10 CEDU, o perlomeno se ne collocasse ai margini (“*all’estrema periferia dell’ambito di applicazione dell’art. 10*”), in quanto il bollettino sul quale era stato pubblicato l’articolo non perseguiva lo scopo “*di influenzare o mobilitare l’opinione pubblica, ma di promuovere gli interessi economici di un determinato gruppo di imprese*”.

La Commissione, invece, affermò che l’ambito di applicazione dell’articolo 10 CEDU si estende non solo “*alle dichiarazioni artistiche, religiose, scientifiche, politiche o politico-economiche che sono parti di una discussione intellettuale in corso, [ ma ] comprende le pubblicazioni di qualunque genere che trasmettono un’opinione o una informazione*”. Inoltre, secondo la Commissione “*il fatto che una pubblicazione difenda interessi particolari, inclusi quelli economici, non è motivo sufficiente per escluderla dal campo di applicazione della libertà d’espressione*”<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Causa *Markt-Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann contro Germania*, rapporto della Commissione del 18 dicembre 1987, paragrafi 202 e 203.

Analogamente, la Corte sostenne che, sebbene il bollettino della *Market-Intern Verlag* avesse indole pubblicitaria, “non si può escluderlo dall’ambito della articolo 10, il quale non si applica solamente a determinati classi di informazioni, di idee o di forme di espressione”<sup>31</sup>.

Tuttavia, la conclusione fu sfavorevole ai ricorrenti, in quanto la Corte (con la votazione di 10 giudici contro 9) ritenne che, in una materia complessa e labile come quella della concorrenza sleale, gli Stati contraenti avessero un ampio margine di apprezzamento, per cui gli organi CEDU potevano limitarsi esclusivamente a verificare che le istanze giurisdizionali nazionali avessero proceduto ad un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, senza poter entrare nel merito delle scelte operate.

Otto giudici dissenzienti ritennero che non fosse stata convincentemente raggiunta la prova che le misure adottate nei confronti della *Market-Intern Verlag* fossero necessarie e sottolinearono che un interesse economico sottostante non priva la persona del suo diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero.

In maniera ancor più incisiva, il giudice Pettiti, nella sua *dissenting opinion*, affermò che la libertà di manifestazione del pensiero (a cui la pubblicità commerciale va ricondotta) ammette solo un ridotto margine di apprezzamento statale e che solo in casi rari è ammessa la censura.

#### § 4.2.3. *Casado Coca c. Spagna*

Il caso *Casado Coca c. Spagna* prende le mosse da una sanzione disciplinare comminata dall’ordine professionale di appartenenza ad un avvocato che aveva pubblicato un annuncio pubblicitario.

La Commissione<sup>32</sup>, disattendendo le eccezioni del Governo spagnolo, ribadì la propria posizione in ordine all’ambito applicativo dell’art. 10 CEDU, esteso a ricomprendere anche la pubblicità commerciale. Secondo la Commissione l’art. 10 non si oppone alle restrizioni dirette a tutelare diritti altrui, come quelle relative alla pubblicità ingannevole.

Nel caso di specie, poiché il ricorrente aveva pubblicato un’inserzione pubblicitaria che non conteneva informazioni inesatte o in alcun modo ingannevole, la Commissione ritenne che la sanzione disciplinare impugnata fosse illegittima alla stregua della CEDU.

La Corte<sup>33</sup>, da un lato, confermò che la pubblicità dei servizi resi da un avvocato gode della protezione dell’art. 10 CEDU, in quanto essa concorre alla diffusio-

---

<sup>31</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 20 novembre 1989, *Market-Intern Verlag GmgH et Klaus Beermann contro Germania*.

<sup>32</sup> *Casado Coca c. Spagna*, rapporto della Commissione del 1° dicembre 1992.

<sup>33</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 24 febbraio 1994, *Casado Coca contro Spagna*.

ne di informazioni utili per le persone che necessitano di assistenza legale. Dall'altro lato, essa ammise però l'apposizione di limiti non solo alle comunicazioni pubblicitarie ingannevoli, ma anche a messaggi veritieri e corretti, qualora tali messaggi concernano l'esercizio di professioni di particolare valore sociale.

Pertanto, in ragione del particolare status delle professioni liberali, e specialmente della professione forense, la Corte giudicò non sproporzionato il bilanciamento eseguito dalle autorità spagnole tra contrapposte esigenze: da un lato quella di assicurare il buon andamento della giustizia ed il decoro della professione forense e dall'altro quella di fornire informazioni ai clienti di servizi legali e consentire agli avvocati di pubblicizzare la propria attività.

Alla luce di tali considerazioni, furono reputate legittime le norme deontologiche intese a limitare la pubblicità da parte degli avvocati, nonché il controllo esercitato dagli ordini professionali.

#### § 4.2.4. *Stambuk c. Germania*

Nel 2003 la Corte ha giudicato sul caso *Stambuk c. Germania*<sup>34</sup>, relativo alla pubblicazione su un quotidiano di un articolo su un medico oftalmologo, il dott. Miro Stambuk, e sulla sua abilità (riscontrata da ottimi risultati) nell'eseguire una innovativa tecnica operatoria mediante l'utilizzo del laser.

Il dott. Stambuk era stato sanzionato per violazione delle norme tedesche che proibiscono la pubblicità di prestazioni sanitarie, ma la Corte di Strasburgo affermò che tale sanzione violava la CEDU.

Sulla scorta della sentenza *Casado Coca*, la Corte affermò che la pubblicità consente ai cittadini di assumere informazioni sulle caratteristiche dei beni e servizi offerti sul mercato, per cui le limitazioni alla pubblicità non ingannevole sono soggette a rigoroso scrutinio.

A differenza di quanto deciso nel caso *Casado Coca*, relativo alla pubblicità delle professioni legali, la Corte nella sentenza *Stambuk* ritenne che rispetto alle professioni mediche non si registrasse la disomogeneità di impostazioni tra gli Stati membri che avrebbe giustificato il margine di apprezzamento statale nell'imporre il divieto sottoposto al suo giudizio.

#### § 4.3. *Limiti alla tutela della pubblicità commerciale ai sensi dell'art.10 CEDU*

La breve ricognizione delle più significative pronunce degli organi della CEDU sopra riportata consente di apprezzare come tali organi abbiano espresso un orientamento univoco e costante in ordine alla qualificazione della pubblicità commer-

---

<sup>34</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 17 ottobre 2002.

ziale come declinazione della libertà di manifestazione del pensiero e, conseguentemente, all'inclusione della medesima nell'alveo di tutela dell'art. 10 CEDU.

La Corte di Strasburgo, quindi, ha ricondotto alla previsione dell'art. 10 CEDU non solo la pubblicità di matrice ideologica<sup>35</sup>, quella di argomento politico<sup>36</sup> e quella di stampo religioso<sup>37</sup>, ma anche i messaggi pubblicitari di indole più schiettamente commerciale, chiaramente volti al perseguimento di finalità lucrative.

Quanto al regime dei limiti apponibili all'esercizio della libertà d'espressione, essi devono essere previsti dalla legge, rispondere ad una delle finalità di cui al secondo comma dell'art. 10 CEDU e, infine, essere necessari e proporzionati.

Seppure assoggettabile ad un ampio spettro di limiti, la pubblicità commerciale non sembra occupare, nella sistematica della CEDU, una posizione di scarso pregio tra le diverse forme nelle quali si può estrinsecare la libertà d'espressione.

Infatti, gli organi della CEDU non discriminano tra diverse forme di pubblicità (commerciale, ideologica, etc.), quanto tra argomenti dedotti ad oggetto del messaggio pubblicitario. Il criterio guida, il *discrimen* tra una tutela intensa ed una tutela attenuata viene individuato infatti nell'esistenza o meno di una *communis opinio* formatasi in seno agli Stati aderenti alla CEDU in ordine ad una determinata limitazione. Ove sia dato ravvisare una opinione condivisa tra gli Stati membri, la Corte si ritiene legittimata ad esercitare un controllo pervasivo delle scelte adottate in ambito nazionale. Ove, invece, persistano rilevanti disomogeneità negli orientamenti dei diversi Stati in ordine ad un problema, la Corte si limita ad un controllo per così dire esterno sulle scelte operate dalle autorità nazionali: viene accertato che le ragioni sottese all'adozione di misure restrittive rientrano nel novero di quelle indicate dal secondo comma dell'art. 10 CEDU, ma non ci si spinge a sindacare nel merito la decisione assunta dal giudice nazionale<sup>38</sup>.

In altri termini, atteso il carattere necessariamente vago di numerose disposizioni della CEDU, la Corte di Strasburgo ha adottato un indirizzo interpretativo che prevede un atteggiamento di *self-restraint* ogni qual volta il contrasto tra più posizio-

---

<sup>35</sup> Cfr., ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 giugno 2001, *VgT Verein gegen Tierfabriken contro Svizzera*, relativa ad un spot televisivo sull'allevamento intensivo di suini realizzato da un'associazione ambientalista per sensibilizzare i cittadini svizzeri ad un consumo di carne più moderato e responsabile.

<sup>36</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 23 settembre 1998, *Lehideux e Isorni contro Francia*, relativa al diritto di rivalutare la figura storica del Maresciallo Petain, sostenendo tesi che oggi si direbbero "revisioniste" sulla Repubblica di Vichy.

<sup>37</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 luglio 2003, *Murphy contro Irlanda*, relativa ad un annuncio pubblicitario, commissionato da un pastore protestante, consistente nell'invito ad assistere alla proiezione di un film d'argomento religioso.

<sup>38</sup> Cfr. TESTA, P., *Libertà di espressione e pubblicità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Gerhard Schricke*, Quaderni di AIDA, Giuffrè, Milano, 2005, n. 14, p. 544, ma anche 531; HERTIG RANDALL, M., *Commercial Speech under the European Convention on Human Rights: Subordinate or Equal?*, *Human Rights Law Review*, 2006.

ni giuridiche tutelate dalla medesima CEDU non abbia trovato soluzioni univoche e largamente condivise nell'ambito dei paesi aderenti alla Convenzione: in tali casi si riconosce alle autorità statali – alle quali è riconosciuta una migliore attitudine a rendersi interpreti delle esigenze prevalenti nel caso concreto – un ampio margine di apprezzamento, che è invece negato allorquando, avendo il conflitto tra diritti trovato un bilanciamento condiviso da parte degli ordinamenti degli Stati membri, il sindacato della Corte può esprimersi in maniera piena.

Questo approccio, seguito ad esempio nella sentenza *Markt-Intern Verlag*, è bene espresso da un passaggio della decisione resa nel caso *Casado Coca c. Spagna*, ove la Corte, nell'astenersi dal sindacare nel merito le valutazioni compiute dall'autorità nazionale, afferma che “l'ampio ventaglio di discipline e le differenze di ritmo negli Stati membri del Consiglio d'Europa mostrano la complessità del problema. Grazie ai contatti diretti e costanti con i propri cittadini, le autorità o le corti e i tribunali nazionali si trovano in una posizione migliore rispetto a quella del giudice internazionale per indicare dove si situi, in un dato momento, il giusto equilibrio per contemperare i diversi interessi in gioco”<sup>39</sup>.

Sembra quindi corretto affermare che la giurisprudenza degli organi CEDU, oltre ad includere la pubblicità commerciale tra le manifestazioni del pensiero tutelate dall'art. 10, rimane fundamentalmente estranea alle suggestioni della tesi del “*less valuable speech*” elaborata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti<sup>40</sup>. E' pur vero che la Corte di Strasburgo, in concreto, quando giudica di messaggi pubblicitari, si astiene dall'esercitare un sindacato penetrante sulle scelte operate dalle autorità nazionali, lasciando spazio così agli orientamenti che accordano alla pubblicità un livello di protezione attenuato rispetto alle altre forme di espressione, ma tale atteggiamento rispettoso delle scelte operate in ambito nazionale, lungi dal fondarsi su una svalutazione della pubblicità commerciale, è frutto dell'orientamento che riconosce l'operare di un margine di apprezzamento statale nelle questioni sulle quali si riscontrano posizioni disomogenee in seno alla comunità dei paesi membri della CEDU.

Quindi, ad esempio, la differenza in ordine alla tutela ricevuta dalla pubblicità commerciale rispetto all'informazione giornalistica non procede da giudizi di valore o dal riconoscimento di un diverso grado di protezione, bensì discende dalla circostanza che, mentre si registra un'ampia coesione degli ordinamenti nazionali in ordine alla tutela della informazione giornalistica in rapporto ad altre fattispecie potenzialmente configgenti con la stessa, la medesima coesione manca quando il bilanciamento tra opposte istanze coinvolge la pubblicità commerciale.

Del resto, come si evince dal caso *Murphy c. Irlanda*<sup>41</sup>, anche l'espressione di argomento religioso, che pure dovrebbe collocarsi al vertice di una ipotetica scala

<sup>39</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 24 febbraio 1994, *Casado Coca contro Spagna*, punto 55.

<sup>40</sup> Corte suprema degli Stati Uniti d'America, sentenza *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975).

<sup>41</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 luglio 2003, *Murphy contro Irlanda*.



di valore quale forma più pregiata di manifestazione del pensiero (come è dato riscontrare nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca, informata ad una concezione gradualistica dei valori costituzionali), viene assoggettata da parte della Corte di Strasburgo al medesimo, cauto regime di sindacato giurisdizionale riservato all'espressione in materia commerciale<sup>42</sup>.

#### § 4.4. *L'inquadramento della pubblicità commerciale nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*

##### § 4.4.1. *Cenni sulla tutela della libertà di manifestazione del pensiero nel diritto comunitario*

Come è noto, negli atti fondativi delle Comunità europee erano assenti cataloghi dei diritti fondamentali, sia per il carattere eminentemente economico degli scopi perseguiti, sia per ragioni ostative di carattere politico, considerata la delicatezza degli interessi in gioco.

A tale mancanza ha posto rimedio il trattato sull'Unione europea firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, il cui art. 6 (nella versione precedente al trattato di Lisbona), al secondo comma, prevedeva il rispetto, da parte dell'Unione Europea, dei “*diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*”. Anche il primo comma dello stesso articolo, introdotto con la novella di Amsterdam, ribadiva inoltre attenzione ai principi di libertà, democrazia e rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Già in precedenza, tuttavia, la Corte di giustizia delle Comunità europee aveva esteso ai diritti fondamentali la tutela del diritto comunitario, mediante l'inclusione di tali diritti nella categoria dei “*principi generali del diritto*”. Questo è avvenuto con la celeberrima sentenza *Nold* del 1974<sup>43</sup> (che riprende e sviluppa spunti già presenti nella sentenza *Stauder* del 1969); ispiratore di questo orientamento è stato l'avvocato generale Maurice Lagrange, personaggio che ha rivestito un ruolo-chiave nella maturazione sotto il riguardo giuridico del processo di integrazione europea.

Tuttavia, a lungo si è registrata una netta distonia in materia di diritti fondamentali tra la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee da un lato e quelle della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle giurisdizioni nazionali dall'altro. La dogmatica liberale, seguita dalla Corte di giustizia, è incentrata infatti sull'idea di mercato, idea che, secondo parte della dottrina, resta sottesa anche alla costruzione della libertà di manifestazione del pensiero (le libertà economiche sono

---

<sup>42</sup> Cfr., sul punto, l'ampia ricostruzione di MANCINI, S., *op. cit.*

<sup>43</sup> Sentenza 14 maggio 1974, *Nold*, C-4/73; cfr., in particolare, il punto 13 della motivazione.

viste come “equivalenti funzionali” delle altre libertà, e gli schemi del mercato vengono applicati anche alla libertà *de qua*)<sup>44</sup>.

Una complessiva rimediazione dei rapporti tra diritto comunitario e libertà fondamentali<sup>45</sup> si è imposta a seguito dell’approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea adottata a Nizza nel 2000<sup>46</sup>, il cui art. 11, sotto la rubrica “*Libertà d’espressione e di informazione*”, dispone che “*ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera*”<sup>47</sup>.

Come è noto, la Carta di Nizza inizialmente era priva di efficacia giuridica<sup>48</sup> e doveva essere considerata “un atto “impegnativo”, *ma non avente efficacia vincolante, non solo all’esterno, ma anche all’interno dell’ordinamento comunitario*”<sup>49</sup>.

Un tentativo di attribuire efficacia giuridica alla Carta era stato compiuto mediante l’incorporazione della stessa all’interno del trattato costituzionale europeo firmato a Roma il 29 ottobre 2004, ma il trattato costituzionale non è mai entrato in vigore a causa del rifiuto, espresso per via referendaria, dei cittadini di Francia e Olanda.

<sup>44</sup> Cfr., BASTIDA FREIJEDO, F.J., *La libertà di informazione nella giurisprudenza del Tribunale di giustizia delle Comunità europee*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, p. 3248 e p. 3250.

<sup>45</sup> Sul differente livello di protezione accordato alla libertà d’espressione da CEDU e Carta di Nizza si rinvia alle osservazioni di STANCATI, P., *op. cit.*, 171, secondo il quale “*la CEDU, pur se è essa stessa affermativa, al pari della Carta di Nizza, di un regime di garanzia della libertà di manifestazione del pensiero, introduce un modello della libertà in discorso non del tutto conferente rispetto a quello che si contraddistingue per la tendenziale assenza di aspetti funzionalistici. La CEDU conserva, infatti, in confronto ai principi espressi dalla Carta, tratti di maggiore relativizzazione*”.

<sup>46</sup> In GUCE, n. C364/01 del 18 dicembre 2000, 1 ss.; della vastissima letteratura su tale documento ci si limita a ricordare BIFULCO, R., CARTABIA, M., CELOTTO, A. (a cura di), *L’Europa dei diritti, Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001; FERRARI, G.F. (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei Diritti*, Giuffrè, Milano, 2001; PACE A., *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001; ROSSI, L.S. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell’Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002; VILLANI, U., *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell’uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Diritto dell’Unione europea*, 2004, I.

<sup>47</sup> Si veda, al riguardo, il commento di DONATI, F., Art. 11. *Libertà di espressione e d’informazione*, in BIFULCO, R., CARTABIA, M., CELOTTO, A. (a cura di), *op. cit.*, 2001.

<sup>48</sup> Cfr. CARTABIA, M. e CELOTTO, A., *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 4479; CELOTTO, A. e PISTORIO, G., *L’efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in [www.associazionedicostituzionalisti.it](http://www.associazionedicostituzionalisti.it), 2005, 36; DI TURI, C., *La prassi giudiziaria relativa all’applicazione della Carta di Nizza*, in *Diritto dell’Unione europea*, 2002.

<sup>49</sup> Cfr. STANCATI, P., *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi (Parte II)*, in *Politica del diritto*, 2005, n. 3, p. 424.

Il percorso di valorizzazione della Carta di Nizza ha subito quindi un arresto a causa del fallimento del trattato costituzionale, ma è subito ripreso per effetto del trattato di Lisbona<sup>50</sup>.

Tale ultimo trattato modifica l'art. 6 del trattato sull'Unione europea, prevedendo che lo stesso rinvii alla Carta di Nizza, la quale resta pertanto un documento autonomo (anziché confluire nella nuova versione del trattato di Maastricht), dotata però dello stesso valore giuridico delle disposizioni del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (nuovo nome che il trattato di Lisbona attribuisce al trattato della Comunità europea).

Come ha segnalato la dottrina, “*la mancata inclusione della Carta nei trattati fondativi è da più parti interpretata come un segno di arretramento nel processo di integrazione europea. In verità, di arretramento si può eventualmente parlare con riguardo al TCost. [il trattato costituzionale], che aveva inserito la Carta nel corpo del trattato; non rispetto ai trattati esistenti che ignoravano del tutto la sua esistenza. D'altra parte la soluzione del TCost. (incorporazione della Carta) e quella del Tr.Rif. [il trattato di Lisbona] (rinvio attributivo di efficacia) si equivalgono sul piano giuridico. Nell'uno e nell'altro caso si giunge al medesimo risultato di conferire alla Carta un'efficacia vincolante, che prima le faceva difetto*”<sup>51</sup>.

#### § 4.4.2. Pubblicità commerciale e art. 10 CEDU nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee

È opportuno segnalare che nell'applicare le garanzie a difesa della libertà di espressione previste dalla CEDU e richiamate dal trattato sull'Unione europea la Corte di Lussemburgo segue in larga misura gli schemi elaborati dalla Corte di Strasburgo, ed in particolare riconosce un ampio margine di apprezzamento statale nel bilanciare posizioni giuridiche in conflitto qualora nei diversi paesi membri non sia emersa una soluzione univoca rispetto a detto conflitto.

Tra le prime pronunce della Corte di giustizia relative alla legittimità di limitazioni imposte a messaggi pubblicitari giova ricordare la sentenza, vertente su una questione interpretativa pregiudiziale, resa nel caso *Bond van Adverteerder*<sup>52</sup>.

La questione era relativa alla legittimità del divieto, imposto da uno Stato membro alle emittenti soggette alla propria giurisdizione, di ritrasmettere nel pro-

---

<sup>50</sup> Firmato nella capitale portoghese il 13 dicembre 2007, alla cui ratifica ed esecuzione l'Italia ha provveduto con Legge 2 agosto 2008, n. 130. Sul trattato di Lisbona si veda il volume collettaneo di BASSANINI, F. E TIBERI, G. (a cura di), *Le nuove istituzioni europee*, Il Mulino, Bologna, 2008; in particolare, la struttura del trattato è descritta nel terzo capitolo da PINELLI, C., *Il preambolo, i valori, gli obiettivi*.

<sup>51</sup> Così TOSATO, G. L., *L'architettura del nuovo trattato*, in BASSANINI, F. – TIBERI, G. (a cura di), op. cit., 2008.

<sup>52</sup> Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 26 aprile 1988, causa 352/85, *Bond van Adverteerders*, commentata da TIZZANO, A., *Sulla liberalizzazione dei servizi radiotelevisivi nella C.E.*, in *Foro italiano*, 1988, IV, col. 309.

prio territorio programmi di emittenti di altri Stati membri, ove tali programmi contenessero messaggi pubblicitari. La Corte ritenne illegittima, in quanto non sorretta da motivi di interesse generale, tale restrizione alla libera circolazione dei servizi radiotelevisivi.

Ancorché nel caso menzionato la Corte risolve la questione alla stregua delle libertà di circolazione previste nel trattato CE, senza invocare l'art. 10 CEDU, nondimeno dalla sentenza si ricava che per la Corte di giustizia, analogamente a quanto si è detto con riferimento alla Corte dei Diritti dell'Uomo, la tutela delle comunicazioni al pubblico avviene seguendo un criterio "inclusivo", che prescinde dal contenuto del messaggio e dal mezzo impiegato per veicolarlo<sup>53</sup>.

La giurisprudenza successiva, anche con espressi richiami all'art.10 CEDU, conferma che la nozione di manifestazione del pensiero accolta ai fini della tutela della libertà di espressione è una nozione estremamente ampia, che non discrimina tra i diversi messaggi in base alle finalità, ai contenuti o ad altri parametri<sup>54</sup>.

L'atteggiamento della Corte di giustizia in qualche modo "riverente" verso la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che si traduce nel recepimento degli orientamenti espressi da quest'ultima, si riscontra in maniera più marcata – e con specifico riferimento alla materia pubblicitaria – nella sentenza *RTL Television*<sup>55</sup>. La Corte, rendendo una pronuncia in via pregiudiziale su una questione relativa ad un sanzione comminata dall'autorità di controllo della radiodiffusione televisiva privata del Land della Bassa Sassonia (*Niedersächsische Landesmedienanstalt für Privaten Rundfunk*) a carico dell'emittente *RTL Television GmbH* per violazione delle norme che disciplinano la frequenza delle interruzioni pubblicitarie all'interno dei programmi televisivi, costruisce una parte fondamentale della motivazione sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo: "risulta inoltre dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 10, n. 2, della CEDU che le autorità nazionali godono di un certo margine di discrezionalità nel valutare l'esistenza di una necessità sociale imperativa che possa giustificare una limitazione della libertà d'espressione. Secondo tale giurisprudenza, ciò è necessario in particolare in materia commerciale e soprattutto in un settore così complesso e oscillante come quello della pubblicità"<sup>56</sup>.

L'allineamento della Corte di giustizia alle posizioni della Corte di Strasburgo è reso evidente anche dalla sentenza *Karner*<sup>57</sup>, nella quale la Corte di Lussemburgo,

<sup>53</sup> Cfr. FERRANTI, G., *L'evoluzione della libertà d'informazione nella giurisprudenza degli organi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 65 ss.

<sup>54</sup> Cfr., in tal senso, Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/91, *Elliniki Radiophonia Tileorasi* e sentenza 25 luglio 1991, causa C-288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*.

<sup>55</sup> Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 23 ottobre 2003, causa C-245/01, *RTL Television*.

<sup>56</sup> Sentenza *RTL Television*, punto 73.

<sup>57</sup> Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 25 marzo 2004, causa C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH v. Troostwijk GmbH*.

nel valutare la legittimità delle limitazioni alla libertà d'espressione "giustificate da obiettivi di interesse generale" ai sensi del secondo comma dell'art. 10 CEDU, richiama il margine di discrezionalità riconosciuto alle autorità nazionali allorché si tratti di "stabilire dove si trovi il giusto equilibrio tra la libertà di espressione e gli obiettivi sopramenzionati". La Corte, al punto 51 della motivazione, evidenzia come il margine di apprezzamento statale si collochi in una dimensione dinamica, essendo suscettibile di variare in relazione a "ciascuno degli scopi che giustificano la limitazione di tale diritto e secondo la natura delle attività considerate".

#### § 4.4.3. Limiti alla tutela della pubblicità commerciale nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee

La giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee si è sviluppata quindi in perfetta sintonia con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>58</sup>, uniformarsi agli orientamenti da essa espressa.

---

<sup>58</sup> Quanto al rapporto tra ordinamento costituzionale italiano e CEDU, si veda Corte costituzionale, sentenze 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349, nonché le osservazioni formulate su questa giurisprudenza da SALVI, C., *La proprietà privata: diritto di libertà o funzione sociale*, scritto per il gruppo di Astrid su "La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione", 2009, p. 4 ss.; TEGA, D., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2008. Più recentemente Corte costituzionale, 16 novembre 2009, n. 311, confermando il proprio orientamento, ha così sintetizzato, in maniera molto chiara, le modalità di applicazione della CEDU in Italia ed il rapporto tra la medesima Corte costituzionale e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo: "nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. Beninteso, l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea (Cass. 20 maggio 2009, n. 10415; Corte eur. dir. uomo 31 marzo 2009, Simaldone c. Italia, ric. n. 22644/03). Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità (anche sentenza n. 239 del 2009), con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., ovvero anche dell'art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. La clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117, primo comma, Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, impone infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto. Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta a questa Corte il compito anzitutto di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo. La Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53. In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per vio-

Nella giurisprudenza comunitaria, quindi, così come nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la pubblicità commerciale viene inquadrata, in maniera decisa, all'alveo di protezione della libertà di parola. La ricostruzione del regime di protezione di questa libertà è tale per cui le finalità perseguite dalla comunicazione e l'oggetto del messaggio non incidono sulla qualificazione giuridica della comunicazione stessa, che continua a godere della tutela dell'art. 10 CEDU anche ove si tratti di un messaggio pubblicitario che persegue uno scopo commerciale.

Tuttavia, anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia il criterio valutativo che si appunta su scopo e contenuto del messaggio, se da un lato è neutro rispetto all'inquadramento giuridico, dall'altro riaffiora nella modulazione del regime di sindacato giurisdizionale sui limiti.

Infatti, rispetto ad alcune forme di esercizio della libertà d'espressione, alle quali sia riconosciuta una tutela di massima intensità da parte di tutti i paesi membri, le istanze giurisdizionali sovranazionali (Corte di giustizia e organi della CEDU) esercitano un sindacato penetrante sulle scelte operate dalle autorità statali, mentre non trova spazio alcun margine di apprezzamento delle autorità nazionali. Quando oggetto del giudizio sia un caso in cui “*l'esercizio della libertà non contribuisca ad un dibattito di interesse generale*”<sup>59</sup>, il sindacato delle Corti europee è limitato “*alla verifica del carattere ragionevole e proporzionale*”<sup>60</sup> delle scelte operate dalle autorità statali, alle quali si riconosce un'ampia discrezionalità<sup>61</sup>.

La natura commerciale della comunicazione non è quindi priva di rilievo ai fini della individuazione della regola di giudizio e, di conseguenza, ai fini della determinazione dell'ampiezza del margine di discrezionalità riconosciuto alle autorità statali nell'apposizione di limiti alla libertà di parola (limiti che comunque devono essere conformi al secondo comma dell'art. 10 CEDU): per usare le parole della Corte di giustizia, “*il margine di valutazione discrezionale di cui dispongono le autorità competenti per stabilire dove si trovi il giusto equilibrio tra la libertà di espressione e gli obiettivi di interesse generale di cui all'art. 10, n. 2, della CEDU è variabile per ciascuno degli scopi che giustificano la limitazione di tale diritto e secondo la natura delle attività considerate. Qualora esista un*

---

*lazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU. Questa Corte ha anche affermato, e qui intende ribadirlo, che ad essa è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; ma alla Corte costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta – allo stato – l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007)”. Sul tema si rinvia all'ampia relazione di Angelo SCHILLACI svolta in questo Convegno.*

<sup>59</sup> Sentenza *Karner*, punto 51.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> Cfr., sul punto, PANZERA, C., *Il bello dell'essere diversi. Corte costituzionale e Corti europee ad una svolta*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009.

*certo margine di valutazione discrezionale, il controllo si limita alla verifica del carattere ragionevole e proporzionato dell'ingerenza. Altrettanto vale per l'uso commerciale della libertà di espressione in un settore così complesso ed oscillante come quello della pubblicità*"<sup>62</sup>.

Si può concludere quindi che al formale riconoscimento alla pubblicità commerciale della dignità di manifestazione del pensiero si accompagna, in concreto, una limitata tutela, conseguenza della particolare cautela nel sindacare il merito delle scelte operate in ambito nazionale in ordine al bilanciamento tra i diversi interessi in gioco.

Peraltro, questo orientamento si inserisce in un quadro caratterizzato da una accentuata *"propensione alla relativizzazione e funzionalizzazione del diritto, alla costante comparazione del diritto stesso con esigenze ed interessi ultranei"*<sup>63</sup>, che propizia sovente la soccombenza della libertà di parola rispetto agli interessi posti in bilanciamento con la stessa (si pensi a concetti quali la tutela del consumatore, il leale svolgimento della concorrenza tra imprese o il mantenimento della qualità della programmazione televisiva, assurti a *"motivi imperativi d'interesse generale"* idonei a legittimare una compressione della libertà d'espressione).

Come ci ricorda Valerio Onida, la Corte di giustizia guarda infatti alla realtà ordinamentale attraverso un prisma composto in prevalenza da *"categorie interpretative di tipo economicistico"*<sup>64</sup>: questo la rende incline a privilegiare le finalità – economiche – della Comunità anche nel bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, a detrimento della piena tutela della libertà di manifestazione del pensiero.

## § 5. A mo' di conclusione

Una critica che sovente viene mossa alla dottrina del margine di apprezzamento statale consiste nel ritenere che, applicando tale dottrina, la Corte abdichi in parte al suo *"duty of adjudication"* e svuoti i limiti che la CEDU prevede per la compressione delle libertà fondamentali<sup>65</sup>.

Queste critiche, nella loro forma più radicale, non sempre colgono nel segno: la dottrina del margine di apprezzamento statale è coerente ad una struttura dialet-

---

<sup>62</sup> Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 12 dicembre 2006, causa C-380/03, punto 155. La sentenza in questione è relativa ad un ricorso presentato dalla Germania avverso alcune disposizioni della direttiva 2003/33/CE sulla pubblicità dei prodotti da fumo.

<sup>63</sup> Cfr. STANCATI, P., *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi* (Parte I), cit., p. 220.

<sup>64</sup> Così ONIDA, V., *"Armonia tra diversi" e problemi aperti – La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quaderni Costituzionali*, 2002, p. 555.

<sup>65</sup> MAHONEY, P., *Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*, in *Human Rights Law Journal*, 1990, p. 80.

tica (funzionale alla distribuzione dei poteri) tra autorità nazionali e istanze soprannazionali retta dal principio di sussidiarietà nella cornice del pluralismo democratico<sup>66</sup>.

La dottrina del margine di apprezzamento è dunque probabilmente uno strumento necessario, ma pericoloso (“*a dangerous product, to be handled with caution*” – “*un prodotto pericoloso, da maneggiare con cautela*” – viene definito da Paul Mahoney, che pure ne è un sostenitore<sup>67</sup>), in quanto una eccessiva deferenza verso gli Stati può minare, nel lungo periodo, l'autorevolezza della Corte.

Occorre infatti ricordare che nella dottrina *Lagrange* (o *Nold*, se si preferisce), “*le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*” surrogavano l'assenza di un catalogo di diritti: il *consensus* era quindi impiegato in funzione di espansione dei diritti dei cittadini. La dottrina del margine di apprezzamento, al contrario, si inserisce in un sistema fondato su una carta dei diritti e funge essenzialmente da limite all'esercizio di quella funzione di controllo giurisdizionale soprannazionale sul rispetto delle libertà fondamentali da parte degli Stati contraenti.

Non può negarsi che ci siano stati dei cedimenti che hanno rivelato il volto oscuro della dottrina del margine di apprezzamento.

Come ha scritto Susanna Mancini in un recente articolo sull'argomento, “Otto Preminger costituisce certamente il momento più basso nella giurisprudenza del margine di apprezzamento. Come in *Handyside*, la Corte applica una logica puramente maggioritaria alla protezione dei diritti fondamentali, con in più l'aggravante di individuare la maggioranza a livello locale, e cioè in un contesto necessariamente più omogeneo rispetto a quello nazionale, e nel quale, di conseguenza, gli spazi per le manifestazioni di dissenso sono minori”<sup>68</sup>.

Nella sua risolutezza, questa affermazione è condivisibile, in quanto esprime, con poche, chiare parole, il disappunto per l'abdicazione, da parte della Corte di Strasburgo, del ruolo contromaggioritario, di garanzia delle minoranze dal rischio di tirannide della maggioranza, che, coerentemente al significato più pregnante di costituzionalismo, le corti costituzionali dovrebbero assolvere.

La sentenza *Lautsi* ci conforta però sul fatto che – al di là della non condivisibilità delle soluzioni di alcuni casi concreti, di una eccessiva deferenza mostrata talvolta verso le scelte degli Stati contraenti e della difficoltà di trovare un equilibrio nella dottrina del margine di apprezzamento – la Corte non ha intenzione di venir meno al suo ruolo di garante dei diritti delle minoranze.

---

<sup>66</sup> MAHONEY, P., *op. cit.*, 81.

<sup>67</sup> MAHONEY, P., *op. cit.*, 83.

<sup>68</sup> MANCINI, S., *op. cit.*, 5.



Angelo Schillaci\*

## LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E L'ORDINAMENTO ITALIANO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: § 1. Premessa: relazioni tra ordinamenti e giudizio di costituzionalità – § 2. La giurisprudenza costituzionale fino al 2007, tra dogmatica delle fonti e integrazione del parametro in via interpretativa – § 3. La “svolta” del 2007 – § 4. Itinerari della giurisprudenza successiva – § 5. Conclusioni

### § 1. Premessa: relazioni tra ordinamenti e giudizio di costituzionalità

Uno studio della giurisprudenza costituzionale relativa alla CEDU non può limitarsi all'analisi delle principali pronunce che – prima e dopo la riforma costituzionale del 2001 – si sono occupate del problema della posizione della Convenzione nel nostro sistema delle fonti o che hanno in diversi modi chiarito le forme del suo utilizzo nel giudizio di legittimità costituzionale. La lettura della giurisprudenza – sviluppatasi lungo un itinerario alquanto complesso, e non privo di profili di ambiguità – deve infatti essere inquadrata in un contesto più articolato, che investe, anzitutto, la questione più generale dei rapporti tra ordinamento interno, ordinamento internazionale e ordinamenti sovranazionali<sup>1</sup>; d'altro canto, non possono eludersi una serie di considerazioni relative all'approfondimento delle interdipendenze tra ordinamenti e, in modo particolare nel caso che ci occupa, al progressivo sviluppo, in ambito europeo, di un sistema di protezione dei diritti fondamentali articolato su più livelli<sup>2</sup>.

---

\* Angelo Schillaci, Università di Teramo.

<sup>1</sup> In questo senso, v. ad esempio RIDOLA, P., *La Corte costituzionale e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: tra gerarchia delle fonti nazionali e armonizzazione in via interpretativa*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., p. 187 ss. ma anche TESAURO, G., *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 195 ss.

<sup>2</sup> Sulla protezione dei diritti in Europa, vedi, tra gli altri, HÄBERLE, P., *Europäische Verfassungslehre*, Baden Baden, Nomos, 2011; RIDOLA, P., *Diritti fondamentali e integrazione costituzionale in Europa*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 199 ss.; PANUNZIO, S. P., *I*

Se dunque, da un lato, il richiamo alla giurisprudenza costituzionale – almeno nella prospettiva tradizionale del modello kelseniano di giustizia costituzionale<sup>3</sup> – sembrerebbe ridurre il problema della posizione della CEDU ad una questione di relazione tra norme, non è possibile ignorare, d'altro canto, l'impatto della cooperazione internazionale – e soprattutto dell'integrazione sovranazionale – sul monopolio statale della produzione normativa e, di conseguenza, sulla tenuta delle tradizionali costruzioni dogmatiche in materia di fonti del diritto.

La relazione tra norme, in questo caso, rinvia infatti alla relazione tra ordinamenti giuridici e questa, a sua volta, non può essere ricondotta a modelli schematici – a loro volta mediati da norme di riconoscimento o rinvio – ma deve essere inserita in un più ampio discorso sul “contesto” della relazione medesima e sulle sue implicazioni istituzionali e materiali; orizzonte di riferimento resta il progressivo sviluppo di un sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali, non solo come realtà istituzionale e normativa, ma come proiezione di un più ampio processo giuridico e culturale che determina – o per meglio dire, continuamente ridetermina – l'avvicinamento materiale tra i diversi ordinamenti<sup>4</sup>.

La centralità del giudizio di legittimità costituzionale nella gestione dei rapporti tra ordinamento italiano e Convenzione europea dei diritti dell'uomo – che rappresenta una costante negli sviluppi della giurisprudenza della Corte in materia, e di certo appare accentuata negli orientamenti più recenti – deve pertanto essere affrontata in questa prospettiva, isolandone tuttavia sin d'ora una serie di profili problematici.

---

*diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2007, p. 1 ss.; CERRI, A., *Armonie e contrasti nel costituzionalismo integrato*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, v. I, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, p. 749 ss.; BALAGUER CALLEJÓN, F., *Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa: una perspectiva constitucional*, in *Rev. Der. const. eur.*, 2004, p. 25 ss.; CÁMARA VILLAR, G., *Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional*, ivi, 2005, p. 9 ss.; KOTZUR, M., *Los derechos fundamentales en Europa*, ivi, 2009, p. 73 ss.; PINELLI, C., *I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza* in *Pol. dir.*, 2008, p. 45 ss.; BARTOLE, S., *Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale*, in *Quad. Cost.*, 2009, p. 569 ss.; AZZARITI, G., *Studi sui diritti in Europa*, Roma, Aracne, 2006; PACE A., *La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 1 ss.

<sup>3</sup> Sul quale, anche per le problematiche tensioni con gli sviluppi del costituzionalismo pluralista, v. almeno CERRI, A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008; MEZZANOTTE, C., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia Veneziana, 1984; Id., *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del costituente*, Milano, Giuffrè, 1979, nonché GIOVANNELLI, A., *Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgesetzbarkeit kelseniana nel contesto del dibattito sulla funzione “politica” della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezjo Crisafulli*, Padova, CEDAM, 1985, I, p. 381 ss.

<sup>4</sup> Sul punto, v. soprattutto RIDOLA, P., *Diritti fondamentali e integrazione costituzionale in Europa*, cit., HÄBERLE, P., *Europäische Verfassungslehre*, cit., nonché CERVATI, A. A., *Integrazione europea e valori costituzionali comuni*, in ID., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 233 ss.; PINELLI, C., *Il momento della scrittura*, Bologna, Il Mulino, 2002. Per ulteriori approfondimenti, sia consentito il rinvio ad SCHILLACI, A., *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli, Jovene, 2012.

Innanzitutto, deve essere menzionata la tensione risalente (e ricorrente) tra ruolo della Corte ed ambizione dei giudici comuni ad applicare direttamente il diritto convenzionale in caso di contrasto tra quest'ultimo e il diritto interno<sup>5</sup>.

D'altro canto, particolare attenzione dovrà essere dedicata – fino agli sviluppi più recenti della giurisprudenza costituzionale – alle forme e ai limiti della considerazione da parte della Corte costituzionale degli orientamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Accanto ad innegabili aperture – che si inseriscono peraltro, negli ultimi anni, nell'ambito di una sempre più marcata tendenza della Corte a recuperare un ruolo attivo nel “dialogo tra le Corti” europee<sup>6</sup> – non mancano infatti profili di ambiguità. In tal senso, si deve ricordare l'insistenza con la quale la Corte, specie nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007, ha sottolineato la possibilità di sindacare la legittimità costituzionale della norma convenzionale, così come interpretata dalla Corte europea, assunta a fonte di integrazione del parametro di giudizio: allo stesso tempo, si deve sottolineare che, almeno a partire dalla sentenza n. 317 del 2009, tale eventualità è stata progressivamente “rimodulata”, nel senso della necessità di una valutazione dell'impatto delle norme convenzionali nell'ordinamento interno, ancorata al concetto – centrale nella giurisprudenza di Strasburgo – di “margine di apprezzamento”<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Su tale tensione, v. sin d'ora, oltre a RIDOLA, P., *La Corte costituzionale...*, cit., PINELLI, C., *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3518 ss. Per una ricognizione di tale giurisprudenza v. GUAZZAROTTI, A., *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 491 ss., specie 498 ss.; cfr. anche ID., *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 25 ss., nonché i contributi raccolti nel volume BIN, R., BRUNELLI, G., PUGIOTTO, A., VERONESI, P. (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU: il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, Giappichelli, 2007. Spunti interessanti già in MORI, P., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, patto delle Nazioni unite e Costituzione italiana*, in *Riv. dir. internaz.*, 1983, p. 306 ss. Per una compiuta e ricca ricostruzione di tale problematica, anche con riferimento al suo inquadramento teorico, v. soprattutto PAGOTTO, C., *La disapplicazione della legge*, Milano, Giuffrè, 2008, specie p. 225 ss.

<sup>6</sup> Si pensi, solo per fare un esempio, all'apertura del 2008 – lungamente attesa – alla sollevazione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, con la sentenza n. 102 e l'ordinanza n. 103 del 2008, sulle quali v. SORRENTINO, F., *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1288 ss., CARTABIA, M., *Corte costituzionale e Corte di giustizia: atto primo*, ivi, p. 1312 ss.; CANNIZZARO, E., *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 789 ss. L'espressione “dialogo tra le Corti”, benché entrata oramai nell'uso, non è pacifica e, talora, fortemente criticata: per le diverse interpretazioni di essa, v. ad esempio P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e integrazione costituzionale in Europa*, cit., PANUNZIO, S. P., *I diritti fondamentali...*, cit., nonché, per una critica DE VERGOTTINI, G., *Oltre il dialogo tra le corti: giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010.

<sup>7</sup> Cfr. sent. n. 317/2009, *cons. dir.*, punto 7, laddove testualmente si legge che, se è vero che la Corte non può “sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò usando dai confini delle proprie competenze”, essa può pur sempre valutare “come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano”, nell'ottica di rappresentare la specifica percezione dell'ordinamento convenzionale da parte dell'ordinamento italiano (dunque il contributo alla determinazione del

Proprio l'attenzione ai percorsi di costruzione del parametro di giudizio, d'altro canto, impone di riflettere sul problematico richiamo, da parte della Corte, alla categoria dogmatica delle "norme interposte": esso, infatti, ripropone la tensione tra centralità della dimensione del giudizio, assetto gerarchico del sistema delle fonti e relazioni tra ordinamenti. Lo stesso dibattito dottrinale sulle "norme interposte", infatti, appare teso tra la loro riconduzione alla posizione di condizioni (costituzionali) di validità delle norme di rango primario<sup>8</sup> e l'attenzione alle particolari condizioni di operatività – sul piano del giudizio di legittimità – di talune disposizioni costituzionali che, per la determinazione del loro contenuto, abbisognano di "altre" norme, o ad esse espressamente rinviano: da tale approccio deriva, per un verso, la sottolineatura forte del legame tra interposizione normativa ed attuazione di determinati principi costituzionali<sup>9</sup> ma anche, e soprattutto, la stretta funzionalità dell'interposizione stessa rispetto alle dinamiche del giudizio di costituzionalità, sotto il profilo dell'integrazione del parametro<sup>10</sup>.

---

marginale di apprezzamento sulla portata delle norme convenzionali nel nostro ordinamento): tale operazione è limitata, per un verso, dall'obbligo costituzionale del rispetto degli obblighi internazionali (e, ancora più a monte, dallo stesso principio di apertura desumibile dall'art. 11), ma anche dall'inserimento dei percorsi argomentativi della Corte in un orizzonte più vasto, caratterizzato, come vedremo, dalla "combinazione virtuosa" (così la stessa sentenza) tra l'intervento di più operatori. Sulla sentenza n. 317 del 2009, v., in prospettiva analoga, BILANCIA, F., *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il "margine di apprezzamento" statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4772 ss., ma v. altresì BUTTURINI, D., *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*, ivi, 2010, p. 1816 ss.

<sup>8</sup> L'affermazione secondo cui "ad integrare il parametro possono concorrere norme poste da fonti, che leggi costituzionali non sono (leggi ordinarie o fatti normativi: «interposti»), e persino [...] regole non giuridiche (massime di esperienza, regole logiche, ecc.), purché ed in quanto – le une come le altre – richiamate da disposizioni formalmente costituzionali quali specifiche condizioni di validità di determinate leggi o di determinate norme di legge" risale a CRISAFULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II.2 *La Corte costituzionale*, Padova, CEDAM, 1984, p. 360. Sul punto, vedi, in generale, oltre al classico lavoro di LAVAGNA, C., *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta infondatezza»*, in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè 1984, vol. II, p. 529 ss., specie p. 557 ss. V. altresì la critica di GIOCOLI NACCI, P., *Norme interposte e giudizio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 1875 ss.

<sup>9</sup> In questo senso, vedi in particolare SICLARI, M., *Le «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità*, Padova, CEDAM, 1992, p. 108, laddove afferma che "il giudizio per la violazione delle norme interposte non dipende tanto dal fatto che la Costituzione rinvii ad esse quanto dall'esistenza di un principio costituzionale (espresso da una disposizione costituzionale diversa da quella che contenente il rinvio) che trova attuazione attraverso una determinata fonte detta interposta".

<sup>10</sup> In questo senso, cfr. CICONETTI, S. M., *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 565 ss., 575 secondo il quale, suggestivamente, "il vincolo che scaturisce dalle norme interposte nei confronti delle norme successive deriva dalla loro parametricità" e ha dunque una valenza "funzionale" (p. 574). Analogamente, CALVANO, R., *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n. 348/07: orgoglio e pregiudizio?*, in *Giur. it.*, 2008, p. 573 ss.

L'interposizione normativa, pertanto, non appare legata esclusivamente a procedimenti di creazione – sia pure “indiretta”<sup>11</sup> – del diritto, bensì alle dinamiche di interpretazione ed applicazione del diritto stesso e, più in generale, al concreto operare del giudizio di legittimità.

Con riferimento al giudizio di costituzionalità, pertanto, affrontare il problema della posizione delle norme internazionali pattizie nell'ordinamento interno impone di interrogarsi, in particolare, sulla possibilità di assumere le stesse come parametro di legittimità delle norme oggetto di giudizio. La soluzione di simile questione passa, come evidente, attraverso una riflessione più generale sul rapporto tra ordinamento interno e ordinamento internazionale e investe lo stesso principio di esclusività nella sua originaria pretesa di monopolio delle valutazioni normative da parte di un ordinamento dato. Centrale appare, in altre parole, il problema del rapporto tra dogmatica delle fonti e relazioni tra ordinamenti giuridici, proprio sotto il profilo del superamento del principio di esclusività<sup>12</sup>.

Allo stesso tempo, tuttavia, la parametricità delle norme internazionali pattizie nel giudizio di costituzionalità non può essere ricondotta esclusivamente alla gerarchia delle fonti, ma investe la più complessa questione delle relazioni tra ordinamenti e della progressiva integrazione materiale tra gli stessi in virtù di convergenze interpretative.

Come accennato, infatti, appare centrale la dimensione del giudizio e, più in particolare, la stretta funzionalità dell'interposizione normativa rispetto alla costruzione del parametro di legittimità costituzionale. Centrale appare, in altre parole, la struttura della norma costituzionale assunta a parametro (in questo caso, l'art. 117, co. 1, cost.).

Ciò è tanto più vero, possiamo aggiungere, quando l'integrazione del parametro rinvia – come nel caso dei trattati internazionali (dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007) – a testi solo astrattamente riconducibili ad un fonte subcostituzionale, ma promananti nella sostanza da un altro ordinamento. Nel caso delle Convenzioni internazionali in materia di diritti fondamentali, il quadro è reso ancora più complesso dal carattere “materialmente costituzionale” delle norme internazionali as-

---

<sup>11</sup> Mutuando l'espressione di CICONETTI, S. M., *Creazione indiretta...*, cit.

<sup>12</sup> Sul principio di esclusività, v. soprattutto PINELLI, C., *Costituzione e principio di esclusività*, Milano, Giuffrè, 1989. Sui rapporti tra principio di esclusività, ricostruzioni teoriche dell'adattamento e modelli di ricostruzione delle relazioni tra ordinamento interno e ordinamento internazionale, v. – oltre ai classici LA PERGOLA, A., *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1967 e BERNARDINI, A., *La produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, Giuffrè, 1966 – almeno CANNIZZARO, E., *Corso di diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 443 ss. ma anche BERNARDINI, A., *Norme internazionali e diritto interno: formazione e adattamento*, Pescara, Libreria dell'Università Editrice, 1989 nonché, se si vuole, SCHILLACI, A., *Diritti fondamentali e parametro di giudizio...*, cit.

sunte a parametro, che mette in luce la funzione tipica dell'interposizione normativa, consistente nell'integrazione del contenuto di norme costituzionali<sup>13</sup>.

Nel caso del "trattamento giurisdizionale" della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>14</sup>, in altre parole, il richiamo all'interposizione normativa pone almeno due problemi specifici, che dovranno essere affrontati nell'esame della giurisprudenza costituzionale.

Il primo, come già accennato, riguarda la circostanza che, nel caso dell'integrazione del parametro attraverso il richiamo alla CEDU, vengono in rilievo contenuti normativi che – al di là delle concezioni "produttivistiche" dell'adattamento al diritto internazionale – promanano da un ordinamento esterno: il problema della giuridicità, e dunque della rilevanza in giudizio, di norme "esterne" rinvia così, più in generale, alla complessa questione del rapporto tra giudizio di legittimità costituzionale e gestione delle relazioni tra ordinamenti giuridici.

Il secondo problema investe invece il profilo dei rapporti tra l'art. 117, co. 1, della Costituzione – fonte immediata dell'operazione di integrazione del parametro di giudizio – e le norme costituzionali materialmente corrispondenti alle norme convenzionali invocate: come meglio si vedrà, il rilievo delle corrispondenze materiali – molto presente nella giurisprudenza precedente alla svolta del 2007 – è apparso inizialmente affievolito dalla centralità dell'art. 117, co. 1, nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, per tornare progressivamente ad emergere nella giurisprudenza successiva, con esiti talora sorprendenti, come vedremo con riguardo ad alcune sentenze del 2010, del 2011 e del 2012. Si assiste, in altre parole, ad una peculiare interazione – nel senso della progressiva convergenza operativa – tra principi e norme che disciplinano i rapporti tra gli ordinamenti – e conseguentemente tra le fonti – e norme "materiali" direttamente riguardanti il diritto fondamentale coinvolto nella controversia che investe i diversi livelli di protezione.

In questa prospettiva, e pur con gli evidenziati profili problematici, potrebbe sostenersi allora, anticipando le conclusioni, che il giudizio di costituzionalità non si riduce – specie per ciò che riguarda la CEDU – a sede di un astratto confronto tra norme, ma diviene sede di gestione delle relazioni tra ordinamenti giuridici, sotto il profilo della ricerca di convergenze interpretative, che investono, fondamentalmente, il momento della costruzione del parametro di giudizio. In altre parole, la cen-

---

<sup>13</sup> Sul punto, v. diffusamente MORI, P., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo...*, cit., che imputa peraltro a tale caratteristica delle norme convenzionali sui diritti il progressivo distanziarsi del loro regime di applicazione rispetto agli schemi classici delle teorie dell'adattamento (p. 308). V. altresì RUOTOLO, M., *La «funzione ermeneutica» delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2002, p. 291 ss., PICCIONE, D., *I trattati internazionali come parametro e come criterio di interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, in PACE, A. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 818 ss., SORRENTI, G., *Le carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, in *Pol. Dir.*, 1997, p. 348 ss.

<sup>14</sup> Mutuo quest'espressione da PINELLI, C., *Sul trattamento giurisdizionale...*, cit.

tralità del giudizio di costituzionalità – riaffermata, con toni diversamente sfumati, nelle due fondamentali sentenze 348 e 349 del 2007 – si apre, nell'evoluzione successiva (in specie, nella sentenza 317/2009 ma anche, almeno in parte, nella sent. n. 80/2011), all'immersione della Corte costituzionale in un sistema integrato di percorsi argomentativi, che rispecchia la complessità delle relazioni tra ordinamenti, e queste ultime pure continuamente ridetermina e orienta alla ricerca della maggior tutela<sup>15</sup>.

Ne consegue, da un lato, che – come ricordato – non viene in gioco solo una relazione tra norme, ma è la stessa relazione tra ordinamenti che si proietta sulla costruzione del parametro di costituzionalità; d'altro canto, il confronto dinamico tra oggetto, parametro costituzionale e parametro interposto assume i contorni di una operazione interpretativa complessa, ispirata (anche) al metodo della comparazione giuridica<sup>16</sup>.

Quest'ultimo riferimento, come ovvio, va precisato; in particolare, va richiamato il passaggio dalla comparazione dei referenti testuali alla comparazione delle esperienze<sup>17</sup>. Quest'ultima, se ricomprende senz'altro il riferimento alle interpretazioni giurisprudenziali del testo assunto a parametro interposto (centrale, peraltro, nelle sentenze del 2007 e nella giurisprudenza successiva), non resta insensibile alle implicazioni ulteriori che provengono da una serie complessa di dati, quali, ad esempio, il fatto che l'interpretazione della norma CEDU avviene nel quadro di una convergenza tra esperienze molteplici, di cui la Corte di Strasburgo tiene conto<sup>18</sup>.

Di simili tensioni è traccia, peraltro, nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte che, in ciascuna delle fasi che l'hanno caratterizzata, ha sempre risentito dell'insufficienza di un approccio incentrato unicamente sulla dogmatica delle fonti e si è trovata – per forza di cose – a dover considerare la possibilità di convergenze interpretative anche non pienamente “ortodosse” sul piano delle premesse dogma-

---

<sup>15</sup> Per una sottolineatura di questo aspetto v. PINELLI, C., *Sul trattamento giurisdizionale...*, cit., p. 3523 nonché diffusamente RIDOLA, P., *La Corte costituzionale...*, cit., specie pp. 194-195.

<sup>16</sup> Il richiamo al carattere comparativo dell'operazione di integrazione del parametro è presente nella sentenza n. 317/2009, *cons. dir.*, punto 7, secondo cui espressamente “L'accertamento dell'eventuale deficit di garanzia deve [...] essere svolto in comparazione con un livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base alla continua e dinamica integrazione del parametro, costituito dal vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, di cui al primo comma dell'art. 117 cost.”. Nel senso che nella sentenza sia ravvisabile una “professione di apertura culturale in chiave comparata” cfr. ad esempio BILANCIA, F., *Con l'obiettivo...*, cit., p. 4775.

<sup>17</sup> Sul punto – oltre a LEGRAND, P., *Le droit comparé*, Paris, PUF, 1999 – v. soprattutto RIDOLA, P. *Il giudice costituzionale e la comparazione*, in ID., *Diritto comparato...*, cit., p. 293 ss., CERVATI, A. A., *A proposito del diritto costituzionale in una prospettiva storica e comparativa*, in ID., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., p. 1 ss. ma anche REPETTO, G., *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, Napoli, Jovene, 2011. In una diversa prospettiva, cfr. DE VERGOTTINI, G., *Oltre il dialogo tra le corti...*, cit.

<sup>18</sup> In questo senso, v. ad esempio l'approfondito studio di LECIS COCCO ORTU, A., *La comparaison en tant que methode de determination du standard de protection des droits dans le systeme CEDH*, in *Rivista AIC* n. 4/11 ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)).

tiche. In modo particolare, come meglio vedremo, va considerata la contraddizione tra la continua riaffermazione – almeno fino al 2007 – del rango di legge ordinaria delle norme di esecuzione della CEDU e l'utilizzo di quelle stesse norme al fine di integrazione in via interpretativa delle norme costituzionali materiali assunte a parametro.

## § 2. La giurisprudenza costituzionale fino al 2007, tra dogmatica delle fonti e integrazione del parametro in via interpretativa

Nella prima fase della giurisprudenza costituzionale relativa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (fino al 2007), si registra, infatti, una netta divaricazione tra premesse dogmatiche e concreti esiti del giudizio.

In modo particolare, sul piano della dogmatica delle fonti, viene affermata l'equiparazione della CEDU alla legge ordinaria, e dunque l'impossibilità di una sua assunzione a parametro nel giudizio di costituzionalità. Ciò è dovuto alla rigida proiezione della concezione dualista – ritenuta accolta in Costituzione da parte della grande maggioranza della dottrina<sup>19</sup> – sul piano della dogmatica delle fonti, che si traduce in una saldatura tra dualismo (inteso come separazione rigida tra ordinamento interno e ordinamento internazionale) e principio di esclusività (proiezione sul piano dogmatico del monopolio della produzione normativa da parte dello Stato, dalla quale consegue che la validità di una norma può fondarsi solo su una valutazione interna al medesimo ordinamento)<sup>20</sup>.

Va sottolineato, peraltro, che tale affermazione – all'apparenza così netta e coerente con le premesse dogmatiche – ha sofferto, nel corso del tempo, taluni temperamenti: basti ricordare la sent. n. 295/84, che vincola la vigenza della norma interna di recepimento alle vicende relative alla norma internazionale, con ciò ricono-

---

<sup>19</sup> Per una rassegna delle principali posizioni dottrinali e la tesi che le disposizioni costituzionali lascino spazio tanto ad una ricostruzione in termini monistici quanto in termini dualistici, v. soprattutto LA PERGOLA, A., *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 1 ss., 189 ss. A. V. altresì SPERDUTI, G., *Trattati internazionali e leggi dello stato*, in *Riv. dir. internaz.*, 1982, p. 5 ss. nonché, in generale, v. CONFORTI, B., *Diritto internazionale*, Napoli, ES, 2006, p. 301 ss.; CANNIZZARO, E., *Corso di diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 456 ss.; D'ATENA, A., *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. I, Roma, Ist. Enc. Ital., (s.d.); si consenta altresì il rinvio a SCHILLACI, A., *Fonti del diritto internazionale e adattamento*, in MANGIAMELI, S. (a cura di), *Diritto costituzionale*, Milano, Il Sole 24 ore, 2008, p. 199 ss.

<sup>20</sup> Da cui discende – in estrema sintesi – la necessità di norme interne riproduttive della norma internazionale pattizia, individuate nell'ordine di esecuzione, inteso come norma sulla produzione giuridica, con una torsione rispetto alla sua originaria funzione di legge solo formale relativa ai rapporti interni alla forma di governo. Ne consegue, appunto, che il trattato ha lo stesso rango della norma che gli dà attuazione, dunque la legge ordinaria. Sul punto v. diffusamente BERNARDINI, A., *Norme internazionali...*, cit., p. 7 ss., 43 ss., 73 ss. nonché, se si vuole, SCHILLACI, A., *Diritti fondamentali e parametro di giudizio...*, cit., specie i cap. IV e VIII.



scendo che la norma di esecuzione non è nella piena disponibilità del legislatore interno, ma è legata alle vicende del processo normativo “esterno” con il quale resta in continua relazione. D’altro canto, non può dimenticarsi l’importantissimo, benché isolato, precedente della sent. n. 10/1993 che, nel tentativo di ricondurre a sistema le vicende dell’esecuzione dei trattati – e, segnatamente ad assicurare la coerenza di esse con i principi costituzionali di cui agli artt. 10 e 11 cost. – ascrive l’ordine di esecuzione alla categoria delle fonti atipiche, collocate in una posizione intermedia tra le Costituzione e le leggi ordinarie<sup>21</sup>.

Al di là di tali (minimi) aggiustamenti, la premessa dogmatica dell’equiparazione della norma internazionale pattizia alla fonte primaria in virtù del rango legislativo dell’ordine di esecuzione viene costantemente riaffermata con i due importanti corollari dell’applicazione del criterio cronologico nella risoluzione delle antinomie tra legge posteriore e norma internazionale pattizia e dell’irrelevanza – almeno su un piano strettamente formale – della norma internazionale pattizia nella costruzione del parametro di costituzionalità, con grave pregiudizio per il rispetto degli obblighi internazionali dell’Italia, ed in piena coerenza con un modello di relazioni tra ordinamenti introverso – nella misura in cui legato esclusivamente alla volontà del legislatore interno – e non pienamente rispettoso delle stesse norme costituzionali di apertura alla cooperazione internazionale (ed in particolare dell’art. 11<sup>22</sup>).

Tuttavia, è interessante notare come, sin dalle primissime pronunce in materia, la Corte – mantenendo ferme le premesse – abbia fatto largo uso dei trattati in materia di diritti (oltre alla CEDU, dei Patti ONU del 1966 sui diritti civili e politici) nel senso dell’integrazione in via interpretativa delle disposizioni costituzionali sui diritti<sup>23</sup>.

Si può ricordare anzitutto, tra le più risalenti, la sent. n. 104/1969, nella quale la Corte afferma espressamente che, rispetto al catalogo costituzionale, l’art. 8 della CEDU “ha, nei confronti delle correlative norme della Costituzione qualche sfumatura di migliore precisazione della tutela della riservatezza” nella misura in cui, in

---

<sup>21</sup> Riprendendo così la nota posizione di LA PERGOLA, A., *Costituzione e adattamento...*, cit., p. 109 ss., 419 ss., ma anche ID., *Introduzione*, in AA. VV., *Costituzione dello Stato e norme internazionali*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 3 ss., specie p. 30 ss.

<sup>22</sup> Sull’art. 11 v., in generale CARTABIA, M. e CHIEFFI, L., *Art. 11*, in BIFULCO, R., CELOTTO, A., OLIVETTI, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, UTET, 2006, p. 263 ss.; SICO L., *Senso e portata dell’art. 11 della Costituzione nell’attuale contesto normativo e nelle proposte di riforma costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 1511 ss.; CARTABIA, M., *La revisione dell’art. 11 della Costituzione: una giusta esigenza, un discutibile rimedio*, ivi, p. 1522 ss.; FROSINI, T. E., *Alcune osservazioni sull’Europa nella Costituzione italiana e la modifica dell’art. 11*, ivi, p. 1532 ss.; PALERMO, F., *Nuove occasioni (mancate) per una clausola europea nella Costituzione italiana. Alcune osservazioni critiche*, ivi, p. 1538 ss.

<sup>23</sup> Su questa giurisprudenza, e per i problemi posti dal concetto di integrazione interpretativa del parametro di giudizio v. soprattutto MORI, P., *Convenzione europea dei diritti dell’uomo...*, cit., nonché RUOTOLO M., *La «funzione ermeneutica»...*, cit., p. 310 ss., il quale sembra propendere per una configurazione del riferimento alla CEDU da parte della Corte nel senso di un mero criterio di interpretazione, che non sfocia nell’eterointegrazione del parametro. Più morbida la posizione di PICCIONE, D., *I trattati internazionali...*, cit., p. 826 ss.

particolare, enuncia positivamente le condizioni di legittimità dell'ingerenza della pubblica autorità nella vita privata e familiare (sent. n. 104/69, *cons. dir.*, punto 5). O ancora, la sent. 38/1973, laddove la Corte afferma che rientrano fra i diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti dall'art. 2 della Costituzione e "affermati anche negli artt. 3, secondo comma, e 13, primo comma" i diritti al proprio decoro, al proprio onore, alla propria rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione, "sanciti *espressamente* negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo", quasi a ritenere che la CEDU possa dispiegare l'effetto di integrare, in via interpretativa, il contenuto di clausole generali della Costituzione (sent. n. 38/73, *cons. dir.*, punto 2).

In tal senso, va menzionata, più di recente, l'importante sentenza n. 388/99 che, lasciando espressamente da parte il problema del *rango* della CEDU, ne ricostruisce la posizione nell'ordinamento e nel giudizio di costituzionalità alla luce di considerazioni di respiro più ampio basate, per un verso, sul carattere materialmente costituzionale delle norme della Convenzione e, per altro verso, sulla coesistenza di diversi livelli di protezione: essa fa sì, in particolare, che le formule espressive – ad ogni livello – dei diritti si integrino, "completandosi reciprocamente nella interpretazione"<sup>24</sup>.

Anche nelle sentenze successive, peraltro, (si pensi alla sent. n. 445/2002 nonché, poco prima della "svolta", alla sent. n. 245/2007) l'integrazione in via interpretativa del parametro costituzionale coincide un passaggio determinante ai fini dell'accoglimento della questione.

Sembra così possibile affermare – alla luce di tale sintetica ricostruzione<sup>25</sup> – che, ferma restando l'affermazione dogmatica di principio (pariordinazione delle

<sup>24</sup> Sent. n. 388/1999, *cons. dir.*, punto 2.1. Non può dimenticarsi, d'altronde, che, nel caso di specie, l'integrazione interpretativa del parametro, così condotta, ha consentito alla Corte di considerare ricompresa nel diritto alla difesa di cui all'art. 24, la garanzia della durata ragionevole del processo, prevista invece dall'art. 6 della CEDU (si ricordi che la sentenza n. 388/1999 è di poco anteriore alla l. cost. n. 2/1999, che ha modificato l'art. 111 cost., introducendo, tra l'altro, anche la garanzia della ragionevole durata del processo). Osserva a tale proposito RUOTOLO, M., *La «funzione ermeneutica»...*, cit., p. 311, che in questo caso la Corte si sarebbe spinta fino ad una vera e propria eterointegrazione del parametro. Su tale sentenza, v. altresì ALBERGHINI, D., *A proposito di convenzioni internazionali e parametri di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 339 ss.; SORRENTI, G., *La Corte corregge il giudice "a quo" o piuttosto... se stessa? In tema di "copertura" costituzionale della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, ivi, p. 2301 ss.; PINELLI, C., *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, ivi, p. 2997 ss.; MONTANARI, L., *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura*, ivi, p. 3001 ss.

<sup>25</sup> Non si tratta, evidentemente, delle uniche sentenze in cui la Corte fa riferimento alla CEDU come fonte di integrazione interpretativa del parametro: si pensi, solo per fare alcuni esempi, alle sentenze n. 188/90 (*cons. dir.*, punto 5), nella quale la Corte, dopo aver affermato la pariordinazione della norma di esecuzione del trattato alla legge ordinaria, ricorre alla norma convenzionale in sede di integrazione, in via interpretativa, del parametro di giudizio; o ancora, per un percorso analogo, le sentt. n. 1/2002, 376/2000, 32/99, 288/97, 69/91, 315/90, 50/89, 128/87, 284/86, 212/86, 18/66. Per ulteriori riferimenti, si consenta il rinvio ad SCHILLACI, A., *Diritti fondamentali e parametro di giudizio...*, cit., cap. VIII.

norme di adattamento ai trattati alla legge) la Corte abbia via via scelto di concentrarsi, da un lato, sulle fattispecie concretamente sottoposte al suo esame, e, d'altro canto, sull'esigenza di un'apertura al sistema internazionale di protezione dei diritti: grazie a tale scelta, il patrimonio normativo internazionale in materia di diritti fondamentali si è affacciato sulla scena del giudizio e i percorsi di interpretazione della Costituzione ne sono stati progressivamente condizionati.

### § 3. La “svolta” del 2007

La “svolta” posta in essere con le due sentenze nn. 348 e 349 del 2007<sup>26</sup> va letta, senz'altro, alla luce dell'art. 117, co. 1 – introdotto dalla l. cost. n. 3 del 2001 – che vincola l'esercizio della funzione legislativa al rispetto degli obblighi internazionali. D'altro canto, non può dimenticarsi che, nel periodo che va dal 2001 al 2007 – in assenza di una presa di posizione da parte della Corte – erano stati i giudici comuni, ed in particolare la Corte di Cassazione, ad interpretare la nuova disposizione costituzionale, sostenendo che quest'ultima legittimasse il giudice comune a disapplicare la norma interna contrastante con la CEDU<sup>27</sup>.

In questa luce, va dunque letta la giurisprudenza costituzionale; dietro al tentativo di sistemazione dei rapporti tra norme e ordinamenti si nasconde infatti anche l'intento di riaffermare il ruolo della Corte costituzionale nel sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali. Già esclusa – almeno in parte – dalle vicende relative all'applicazione del diritto comunitario, la Corte non accetta di “passare la mano” anche in tema di applicazione della CEDU, ed individua nel giudizio di co-

---

<sup>26</sup> Sulle quali vedi, tra gli altri, RIDOLA, P., *La Corte costituzionale...*, cit.; PINELLI, C., *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU...*, cit.; MOSCARINI, A., *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3525 ss.; GUAZZAROTTI, A., *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di “standard” di tutela alla luce dell'art. 117, co. 1, cost.*, ivi, p. 3574 ss.; CARTABIA, M., *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, ivi, p. 3564 ss. SCIARABBA, V., *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, ivi, p. 3579 ss.; BARTOLE, S., *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2008, p. 291 ss.; RUGGERI, A., *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. n. 348 e 349 del 2007)*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 215 ss.; REPETTO, G., *Diritti fondamentali e sovranità nello stato costituzionale chiuso. Prime osservazioni critiche sulla sentenza n. 349 del 2007 della Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 2008, p. 309 ss.; CONFORTI, B., *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, ivi, p. 569 ss.; CALVANO R., *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n. 348/07...*, cit.; ANGELINI, F., *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 487 ss.

<sup>27</sup> Di “incipiente ma potenzialmente inarrestabile tendenza dei giudici comuni a disapplicare” parla, ad esempio, PINELLI, C., *Sul trattamento giurisdizionale...*, cit., p. 3520. Per una ricognizione di tale giurisprudenza v. GUAZZAROTTI, A., *La CEDU e l'ordinamento nazionale*, cit., p. 498 ss.; cfr. anche ID., *I giudici comuni e la CEDU...*, cit.

stituzionalità la sede più idonea per la gestione delle relazioni interordinamentali, sia pure con alcuni temperamenti, presenti già nella sentenza n. 349 e poi definitivamente resi espliciti nella sentenza n. 317/2009.

Tale presa di coscienza del proprio ruolo da parte della Corte non sembra peraltro riconducibile ad intenti meramente “difensivi” del livello costituzionale, ma si apre, appunto, alla dimensione della gestione di relazioni tra ordinamenti anche attraverso la ricerca di convergenze interpretative. Appare allora particolarmente significativa, in primo luogo, la vicinanza temporale tra le sentenze del 2007 e la prima sollevazione di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE (sent. 102 e ord. 103 del 2008), anch’essa interpretabile come tentativo di ricollocare la Corte costituzionale nel ruolo di parte attivamente cooperante nella relazione tra Corti e ordinamenti (sempre nell’ottica della circolazione dei percorsi argomentativi).

D’altro canto, va sottolineato che, come si accennava, già a partire dalla sentenza n. 349 ma poi decisamente con la sentenza n. 317/2009, la Corte riconosce anche il ruolo dei giudici comuni, limitando il proprio intervento all’ipotesi in cui il conflitto tra norma interna e CEDU non possa essere risolto attraverso l’interpretazione conforme ad opera dello stesso giudice comune.

Venendo all’analisi delle sentenze “gemelle”<sup>28</sup>, si deve sottolineare, anzitutto, che è la stessa interpretazione dell’art. 117, co. 1, a risentire, almeno in parte, di simile duplicità di approccio. Può affermarsi, infatti, che, mentre la sentenza n. 348 sembra riprodurre un approccio metodologico orientato alla dogmatica delle fonti, la sent. n. 349 appare più attenta alle dinamiche di relazione tra ordinamenti, alle convergenze interpretative e dunque all’interazione tra le Corti. Se, peraltro, entrambe le sentenze sono nettamente orientate ad un recupero del ruolo della Corte costituzionale nella gestione della relazione con la CEDU – di fronte all’attivismo dei giudici comuni – il percorso argomentativo e l’itinerario tracciato sembrano divergere.

Nella sentenza n. 348, infatti, la centralità della Corte costituzionale discende da due ordini di argomentazioni. Come ben noto, l’esclusione di un ruolo decisivo del giudice comune nella risoluzione del contrasto discende dalla riconduzione della Convenzione ad una esperienza di cooperazione internazionale multilaterale che non dà luogo ad un fenomeno di integrazione tra ordinamenti giuridici. In particolare, la Corte esclude che l’adesione alla CEDU abbia comportato “limitazioni di sovranità” ai sensi dell’art. 11, determinando l’ingresso dell’Italia in un “ordinamento più ampio, di natura sopranazionale” come invece è avvenuto in relazione all’or-

---

<sup>28</sup> Così definite da CARTABIA, M., *Le sentenze “gemelle”...*, cit.; per una sottolineatura delle divergenze di impostazione tra le due sentenze, che si spingerebbero fino a fare della sent. n. 349 una sorta di *concurring opinion* della precedente (così RIDOLA, P., *La Corte costituzionale...*, cit., p. 194), v. soprattutto i contributi di RIDOLA, P., CONFORTI, B. e MEZZANOTTE, C. raccolti in SCISO, E. (a cura di), *Il rango interno della Convenzione europea dei diritti dell’uomo secondo la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, Roma, Aracne, 2008.

dinamento comunitario. La differenza sarebbe riaffermata dalla stessa lettera dell'art. 117, co. 1, che distingue tra “obblighi internazionali” e “vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario” (cfr. *cons. dir.*, punto 3.3).

L'esclusione di autonoma rilevanza istituzionale della CEDU sposta pertanto il problema dell'interpretazione dell'art. 117, co. 1, sul piano della relazione tra norme, traducendo il contrasto tra norma interna e CEDU nei termini di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto una violazione mediata dell'art. 117, co. 1. In altri termini, ad apparire dirimente, nella risoluzione del contrasto tra norma interna e norma convenzionale, non è tanto la struttura del rapporto tra le due norme, quanto il rilievo assunto dalla peculiare conformazione della disposizione costituzionale invocata – l'art. 117, co. 1 – e, conseguentemente, dalla necessità di apertura del parametro di giudizio ai contenuti normativi promananti dalla Convenzione europea<sup>29</sup>.

La struttura di tale disposizione, afferma la Corte, “si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere” (cfr. sent., n. 348/2007, *cons. dir.*, punto 4.5). L'interposizione non è dunque interpretata a partire dalla relazione tra norme, ma a partire dalla dimensione del giudizio di legittimità costituzionale, e dalle esigenze argomentative che lo ispirano: ciò che viene in rilievo, cioè, non è una valutazione “sulla collocazione gerarchica delle norme in contrasto”, ma una questione di legittimità costituzionale (cfr. sent. n. 348/07, *cons. dir.*, punto 4.3).

Prima di svolgere qualche rilievo critico, è necessario ripercorrere brevemente i passaggi più significativi della sentenza n. 349, al fine di metterne in luce la diversità di impostazione rispetto alla sentenza cd. “gemella”. Gli aspetti più rigidi di una argomentazione condotta sul piano della teoria delle fonti appaiono infatti sfumati da una considerazione sistematica delle relazioni tra ordinamenti e, soprattutto, della rilevanza materiale delle norme della Convenzione. Tale aspetto non era stato sottovalutato, peraltro, neanche dalla sentenza n. 348 che, tuttavia, lo considerava solo in relazione alla giurisprudenza pregressa e ai problemi che questa aveva dovuto affrontare sul piano della tensione tra contenuto e rango delle norme convenzionali (cfr. sent. 348/07, *cons. dir.*, punto 4.3). Nella sentenza n. 349, esso assume tuttavia un ruolo centrale. L'itinerario argomentativo appare in qualche modo rovesciato rispetto alla sentenza n. 348: se questa, infatti, muoveva dalla sistematica dei

---

<sup>29</sup> Nel senso che il riferimento all'interposizione si colleghi alla centralità del trattamento giurisdizionale della CEDU nelle sentenze della Corte, cfr. soprattutto PINELLI, C., *Sul trattamento giurisdizionale...*, cit. p. 3520-3521, secondo cui più che su un astratta riferimento all'interposizione, le sentenze si concentrano sulla concreta operatività del parametro, in quanto “ciò che conta è la sottoponibilità delle leggi al sindacato di costituzionalità”. Analogamente cfr. CICONETTI, S. M., *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 565 ss., 575.

rapporti tra norme per poi giungere alla considerazione della concreta rilevanza in giudizio delle norme convenzionali, la sentenza n. 349 muove in via preliminare dalla constatazione delle convergenze materiali tra ordinamenti, a prescindere dal grado di integrazione raggiunto sul piano istituzionale, per giustificare la necessità di ripensare la posizione delle norme CEDU nel nostro ordinamento.

Con molta chiarezza, infatti, la Corte afferma che la giurisprudenza anteriore al 2007, pur legata a premesse di dogmatica delle fonti che impedivano di superare la riconduzione della CEDU al rango di fonte primaria, aveva sempre riconosciuto “la peculiare rilevanza delle norme della Convenzione in considerazione del contenuto della medesima”, mirando a garantire, in via interpretativa, la “tendenziale coincidenza” tra livelli di garanzia e protezione dei diritti (cfr. sent. n. 349/07, *cons. dir.*, punto 6.1.2). In tale prospettiva, l’interpretazione dell’art. 117, co. 1, si sposta dal piano della relazione tra norme alla considerazione della relazione tra ordinamenti giuridici soprattutto per ciò che riguarda la progressiva convergenza materiale tra gli stessi in materia di protezione dei diritti. La disposizione costituzionale in esame, in altre parole, viene anzitutto messa a sistema (di “lettura sistematica” parla la stessa sentenza, al punto 7) con il principio internazionalistico accolto dalla nostra Costituzione e con la “forte apertura” cui essa si ispira (cfr. sent. n. 349/07, *cons. dir.*, punto 6.2); al tempo stesso, va registrata una significativa attenzione ai profili di convergenza tra disposizioni costituzionali in materia di diritti e norme convenzionali.

Sembrano infatti presenti, nei passaggi richiamati, segnali del superamento di una considerazione delle norme convenzionali esclusivamente alla luce del principio del rispetto degli obblighi internazionali, a favore di una maggiore consapevolezza delle interazioni cooperative tra ordinamenti in vista della miglior tutela dei diritti. Da simile impostazione discendono, già nella sentenza n. 349, una serie di conseguenze. Anzitutto, la sottolineatura degli spazi di interpretazione conforme del giudice comune, come rimedio preventivo allo spostamento del conflitto sul piano del giudizio di costituzionalità, visto come *extrema ratio* per il caso in cui sia possibile pervenire ad una composizione del contrasto in via interpretativa (sent. n. 349/07, *cons. dir.*, punto 6.2). In secondo luogo, sempre al punto 6.2, si trova un significativo riferimento – concorrente con la diversa posizione espressa dalla sentenza n. 348 (cfr. sent. n. 348/07, *cons. dir.*, punto 3.3, richiamato in precedenza) – alla “peculiarità” della CEDU rispetto agli accordi internazionali classici, consistente nel “superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti”. La specificità della Convenzione è data infatti, anzitutto, dal contenuto delle norme che ad essa fanno capo, ma anche dalla presenza di una Corte chiamata a pronunciarsi sull’interpretazione di esse e sulle violazioni poste in essere dagli Stati membri. Se la sentenza n. 348 aveva limitato il riconoscimento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo a quello di ausilio nella determinazione del contenuto della norma da assumere a parametro, la sent. n. 349 sottolinea

con forza l'aspetto della relazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo, orientandolo decisamente al confronto e al dialogo sulla base dell'assunto che le Corti, pur nella diversità dei ruoli hanno il medesimo obiettivo, che è quello di "tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo" (cfr. sent. n. 349/07, *cons. dir.*, punto 6.2, *in fine*).

Sembrano così trovare conferma le interpretazioni del riferimento all'interposizione normativa maggiormente sensibili alla dimensione del giudizio, e alle concrete istanze che in esso vengono in rilievo. In questo senso, le due sentenze sono molto eloquenti: nell'una e nell'altra, infatti, il riferimento alla categoria delle norme interposte non è declinato nel senso dogmatico tradizionale (rispetto della norma interposta come criterio di validità ulteriore posto dalla norma costituzionale, nel quadro di una strutturazione gerarchica del sistema delle fonti) ma ancorato all'operatività in giudizio delle norme costituzionali. Molto netto, a tale proposito, il riferimento alla funzionalità dell'interposizione rispetto alla "concreta operatività" del parametro costituzionale (cfr. sent. n. 348, *cons. dir.*, punto 4.5. e sent. n. 349, *cons. dir.*, punto 6.2)<sup>30</sup>.

L'interposizione *ex* 117, co. 1 non "serve" solo il principio del rispetto degli obblighi internazionali, come si sarebbe portati a ritenere secondo un approccio incentrato esclusivamente sulla teoria delle fonti. Nel caso del rinvio alla CEDU, infatti, il rispetto degli obblighi internazionali appare arricchito dalla considerazione del contenuto specifico delle norme CEDU, e dall'obiettivo – coesistente all'esperienza facente capo alla Convenzione – di assicurare la convergenza tra livelli di protezione nell'ottica della maggior tutela.

Volendo individuare un punto di incontro tra le due sentenze, questo sembra essere dato proprio dall'ancoraggio alla dimensione del giudizio di costituzionalità, che progressivamente finisce per configurarsi quale sede di gestione delle relazioni tra ordinamenti giuridici.

In questa prospettiva, appare sotto una luce diversa anche l'unico (apparente) ostacolo a simile ricostruzione, vale a dire l'affermazione, da parte della Corte, della possibilità di sindacato di legittimità costituzionale delle norme interposte, con riferimento al testo costituzionale complessivamente considerato<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Non sono peraltro assenti profili di ambiguità, specie con riferimento a talune affermazioni della Corte in ordine al rango "intermedio" delle fonti interposte tra Costituzione e legge ordinaria (Sul punto, v. le perplessità espresse da CICONETTI, S. M., *Creazione indiretta...*, p. 575 e da CALVANO, R., *La Corte costituzionale...*, cit., p. 574). R.

<sup>31</sup> Si tratta, probabilmente, del passaggio delle sentenze che ha suscitato maggiori critiche, sia in linea di principio – v. ad esempio RIDOLA, P., *La Corte costituzionale...*, cit. e REPETTO, G., *Diritti fondamentali...*, cit., p. 312 – quanto soprattutto in relazione alle concrete difficoltà interpretative per l'individuazione del "controlimite": in tal senso, cfr. CONFORTI, B., *La Corte costituzionale...*, cit., p. 571. A tale proposito, CALVANO, R., *La Corte costituzionale...*, cit., p. 578, auspica un atteggiamento meno difensivo da parte della Corte.

Anch'esso viene peraltro declinato con diverse sfumature nell'una e nell'altra sentenza: se, infatti, la sent. n. 348 appare alquanto rigida, impostando il controllo di costituzionalità in termini difensivi e agitando lo spettro dell'espunzione di essa, "nei modi rituali", dall'ordinamento italiano<sup>32</sup>, la sentenza n. 349 inserisce la questione nel quadro più comprensivo dei rapporti tra giurisdizioni, ispirandosi alla consapevolezza che il controllo di costituzionalità della norma interposta è finalizzato a realizzare "un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa"<sup>33</sup>.

Il sindacato di costituzionalità della norma convenzionale interposta appare così funzionale, al limite, a garantire l'apertura, conservandone la direttrice assiologica, attraverso la tutela di quegli stessi principi costituzionali, in vista dell'attuazione dei quali è istituita l'interposizione intesa come strumento di apertu-

---

<sup>32</sup> Cfr. sent. n. 348/2007, *cons. dir.*, punto 4.7: "Quanto detto sinora non significa che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali (*ex plurimis*, sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 168 del 1991, n. 73 del 2001, n. 454 del 2006) o dei principi supremi (*ex plurimis*, sentenze n. 30 e n. 31 del 1971, n. 12 e n. 195 del 1972, n. 175 del 1973, n. 1 del 1977, n. 16 del 1978, n. 16 e n. 18 del 1982, n. 203 del 1989), ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali. L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta. Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano. Poiché, come chiarito sopra, le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione. In sintesi, la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 della Costituzione".

<sup>33</sup> Cfr. sent. n. 349/2007, *cons. dir.*, punto 6.2.



ra<sup>34</sup>; allo stesso tempo, non può dimenticarsi che, almeno potenzialmente, l'art. 117, co. 1 si apre a *tutti* i trattati e dunque anche a quelli non incidenti su materie costituzionalmente rilevanti o a quelli sottratti al controllo parlamentare, casi nei quali l'istanza di garanzia della Costituzione diviene evidentemente più pressante.

#### § 4. Itinerari della giurisprudenza successiva

Il legame tra costruzione del parametro di costituzionalità con riferimento alle norme convenzionali e assetto cooperativo delle relazioni tra ordinamenti appare ulteriormente valorizzato nella giurisprudenza successiva<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Nel senso che, sul piano interpretativo, questa giurisprudenza comporti non una sterile contrapposizione ma “un riequilibrio fra le ragioni del diritto costituzionale e quelle dell’apertura, pur essa costituzionalmente riconosciuta, ad altri ordinamenti e organizzazioni internazionali” cfr. PINELLI, C., *Sul trattamento giurisprudenziale...*, cit. , p. 3523.

<sup>35</sup> Nel corso del 2008, la Corte aveva avuto modo di pronunciarsi sui rapporti tra ordinamento interno e CEDU nelle due sentenze nn. 39 e 129. Nella prima, avente ad oggetto disposizioni della legge fallimentare, la Corte ha, in buona sostanza applicato il modello di risoluzione del conflitto tra norma interna e CEDU delineato dalla giurisprudenza del 2007, senza integrazioni dal punto di vista teorico e sistematico. Nella sentenza n. 129, d’altro canto, la Corte ha escluso che la mancata previsione – nel codice di procedura penale – di uno specifico motivo di revisione legato all’adozione da parte della Corte europea di una sentenza di condanna per violazione dell’art. 6 della Convenzione integrasse una violazione della Costituzione. In tale sentenza, tuttavia, il parametro convenzionale non è entrato in questione, avendo la Corte ritenuto inammissibile la censura incentrata sulla violazione dell’art. 10 e fondata sulla coincidenza tra le norme CEDU e norme internazionali generalmente riconosciute (la censura di norme interne per violazione per norme CEDU fondata sull’art. 10 e non sul 117, co. 1, è abbastanza frequente nelle ordinanze di rimessione, si pensi, ad esempio, alla recente sentenza n. 217/2010: la Corte ha tuttavia chiarito – cfr. la sent. 311/2009 – che il riferimento all’art. 10 è ammissibile solo qualora si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma internazionale consuetudinaria); per altro verso, la mancata previsione del motivo di revisione in questione non è dichiarata incostituzionale attesa la pluralità di soluzioni rinvenibili al problema dell’esecuzione interna delle sentenze della Corte di Strasburgo, il che non impedisce alla Corte di formulare un pressante (e tuttora inascoltato) “invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all’ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall’art. 6 della CEDU” (punto 7 del diritto). Sul problema dell’esecuzione delle sentenze della Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento interno v. PIRRONE, P., *L’obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, Milano, Giuffrè, 2004, nonché, alla luce della giurisprudenza del 2007, SCIARABBA, V., *La riapertura del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 513 ss.; CIRILLO, N., *L’efficacia della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, in diritto interno, in materia penale, alla luce delle sentenze 348 e 349 del 24 ottobre 2007 della Corte Costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2009, p. 7 ss. Come noto, nel 2011, con la sentenza n. 113, la Corte ha rivisto il proprio precedente orientamento e ha (finalmente, nell’inerzia del legislatore) introdotto nel nostro ordinamento una fattispecie di revisione del processo penale a seguito di condanna da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo: su tale sentenza v. tra gli altri REPETTO, G., *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1548 ss.

Possono essere sottolineati, peraltro, tre profili concorrenti: da un lato, l'approfondimento, da parte della Corte costituzionale, dei riferimenti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e del loro inserimento in un contesto di relazione incentrato, tra l'altro, sulla relazione critica tra essi e la specificità dell'ordinamento costituzionale italiano. D'altro canto, la Corte accentua – specie, come vedremo, nella sentenza n. 317/09 – l'immersione dell'interpretazione del parametro costituzionale in un sistema di interazioni che prevede anche l'intervento del giudice comune (in sede di interpretazione conforme) e dello stesso legislatore. Infine, non mancano casi in cui la convergenza materiale tra parametro costituzionale e norma convenzionale viene in rilievo a prescindere dal richiamo all'art. 117, co. 1.

Si possono prendere le mosse dalla sentenza n. 317/2009<sup>36</sup>: sviluppando il percorso argomentativo della sentenza n. 349/07, essa riconosce infatti (cfr. *cons. dir.*, punto 7), proprio in sede di costruzione del parametro, la necessità di perseguire convergenze sul piano interpretativo tra tutela interna e internazionale, nell'ambito di un sempre più forte e dinamico processo di integrazione di un sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali<sup>37</sup>.

Detta integrazione opera almeno su due livelli. Da un lato, dal “riferimento congiunto ai parametri di cui agli artt. 117, primo comma – in relazione all'art. 6 CEDU, quale interpretato dalla Corte di Strasburgo – 24 e 111, primo comma, cost.”, emerge la coscienza del fatto che le convergenze sul piano interpretativo danno luogo ad una progressiva integrazione materiale tra i fondamentali testi di tutela. D'altro canto, all'esigenza – affermata dalla Corte – di una “compenetrazione delle tutele offerte da queste tre norme” si ricava che quelle stesse convergenze sono frutto di dinamiche di relazione.

L'obiettivo di simili dinamiche è stabilito con estrema chiarezza nell'esito della miglior tutela, cui appare orientato il mandato costituzionale al rispetto degli obblighi internazionali. Detto esito, secondo la Corte, dovrà risultare dalla “combinazione virtuosa” tra le condotte del legislatore, del giudice comune e dello stesso giudice costituzionale: essa, d'altro canto, si qualifica in senso cooperativo, nella misura in cui “il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo [...] dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali”, in armonia, peraltro, con quanto stabilito dall'art. 53 della CEDU.

Centrale appare, per ciò che riguarda il contributo della Corte, l'operazione di costruzione del parametro. Come si è visto, essa risulta da una doppia integrazione:

<sup>36</sup> Su cui v. i commenti cit. *supra*, alla n. 7.

<sup>37</sup> In questo senso, v. BILANCIA, F., *Con l'obiettivo...*, cit., p. 4775, ma anche BUTTURINI, D., *La partecipazione paritaria...*, cit. p. 1820.

dell'art. 117, co. 1, con riferimento alla norma internazionale e del parametro così ricavato con le corrispondenti norme costituzionali materiali. La Corte effettua cioè un richiamo espresso ad una operazione di tipo comparativo che si realizza attraverso la “continua e dinamica integrazione del parametro” del 117, co. 1, attraverso i corrispondenti obblighi internazionali ma anche “attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti”, sempre nell’ottica della miglior tutela.

Attraverso l’operazione di doppia integrazione del parametro – integrazione del 117, co. 1 con le norme CEDU e integrazione della norma CEDU con la corrispondente norma costituzionale “materiale” – la Corte contribuisce al sistema integrato di protezione dei diritti rappresentando l’istanza del “margine di apprezzamento nazionale”. Quest’ultimo, come si ricava dalle affermazioni della Corte, non coincide con la rivendicazione di una riserva di costituzionalità in materia di tutela dei diritti di cui la Corte è l’unica garante. Piuttosto, il momento identitario appare pienamente integrato nella dinamica cooperativa, dal momento che, nelle parole della Corte, “il «margine di apprezzamento» nazionale può essere determinato avuto riguardo soprattutto al complesso dei diritti fondamentali, la cui visione ravvicinata e integrata può essere opera del legislatore, del giudice delle leggi e del giudice comune, ciascuno nell’ambito delle proprie competenze” (cfr. sent. n. 317/2009, *cons. dir.*, punto 7).

La riaffermata centralità del ruolo della Corte costituzionale, dunque, si spiega e acquista senso solo se il giudizio di costituzionalità diviene, in questi casi, perno di un sistema di relazioni cooperative, dal momento che “la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”.

In tale ottica, peraltro, devono essere lette le resistenze dei giudici comuni ad accettare il nuovo corso relativo alla posizione della CEDU nell’ordinamento interno, ma anche la reazione della Corte costituzionale.

Si pensi, in questo senso, alla complessa vicenda relativa allo *status* della Convenzione europea dei diritti dell’uomo a seguito dell’entrata in vigore del trattato di Lisbona che, nel nuovo art. 6, prefigura l’adesione dell’Unione europea alla CEDU. Secondo un orientamento della giurisprudenza amministrativa, infatti, tale norma avrebbe determinato una vera e propria “comunitarizzazione” delle norme convenzionali, con conseguente equiparazione del loro regime di applicazione a quello delle norme di diritto dell’Unione direttamente applicabili<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Si tratta della sentenza n. 1220/2010 della IV Sezione del Consiglio di Stato: su tale pronuncia v. COLAVITTI, G. – PAGOTTO, C., *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al trattato di Lisbona: l’inizio di un nuovo percorso?*, nella *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), n. 0/2010. V. anche la successiva sentenza del TAR Lazio, 18 maggio 2010, n. 11924, sulla quale cfr. l’intervento di BRONZINI, G., *Tar Lazio e disapplicazione di una normativa interna in contrasto con la CEDU*, su [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (17 giugno 2010). V. anche POLLICINO, O., *Allargamento dell’Unione...*, cit. p. 425 ss. Cfr. altresì TERRASI,

Al di là della debolezza di tale impostazione – che non tiene nella dovuta considerazione, tra l'altro, il profilo dello *status* del diritto internazionale convenzionale nell'ordinamento dell'Unione<sup>39</sup> – va sottolineato, anzitutto, proprio il legame tra simile orientamento della giurisprudenza e una più generale resistenza al recupero di un ruolo della Corte costituzionale nella gestione delle dinamiche di relazione tra ordinamenti. Non si vuole, in altre parole, “passare per la Consulta” al fine di articolare la garanzia del rispetto degli obblighi internazionali da parte del nostro ordinamento, nella convinzione che solo attraverso l'applicazione diffusa della Convenzione da parte dei giudici comuni, possa favorire la piena attuazione di tali obblighi (ed anche un'efficace protezione dei diritti). Sullo sfondo di simile posizione, come evidente, la fiducia nelle virtualità progressive dell'interpretazione giudiziale del diritto, ma anche gli echi di un risalente atteggiamento di resistenza rispetto allo stesso sistema accentrato di giustizia costituzionale.

In questo caso, tuttavia, polarizzare l'analisi della questione sull'alternativa tra controllo diffuso e controllo accentrato di “convenzionalità” rischia di apparire fuorviante benché tale polarizzazione – lo si ripete – chiami in causa snodi fondamentali del complesso rapporto storico tra legalità (anche costituzionale), ruolo del giudice comune e ruolo delle Corti costituzionali in sede di protezione dei diritti fondamentali.

Sembra doveroso concentrarsi, piuttosto, sulla portata specifica della giurisprudenza costituzionale in materia, ed in particolare sulla progressiva attenzione della Corte al ruolo dei giudici comuni nella gestione delle convergenze interpretative e materiali tra ordinamenti. Attraverso il recupero di un proprio ruolo, in altre parole, la Corte non ha voluto mettere in ombra i giudici comuni (né, del resto, le Corti sovranazionali), ma, più semplicemente, inserire se stessa nelle dinamiche di interazione tra i diversi livelli di protezione dei diritti, rivolgendo il giudizio di costituzionalità (che rappresenta uno di questi livelli) alla gestione delle relazioni tra ordinamenti, con l'apertura del parametro di giudizio a contenuti normativi promananti dall'ordinamento convenzionale. Ciò che più rileva, in altre parole, non è l'affermazione di una competenza – più o meno esclusiva – ma l'atteggiamento cooperativo (o meno) dei singoli operatori coinvolti.

---

A., *Il giudice amministrativo e l'applicabilità diretta della CEDU all'indomani dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2010, p. 682 ss. e GUAZZAROTTI, A., *La CEDU dopo il trattato di Lisbona: come in un gioco dell'oca?*, in *Studium Juris*, 2012, p. 172 ss. In generale, v. altresì CANNIZZARO, E., *Diritti “diretti” e diritti “indiretti”: i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, p. 23 ss.

<sup>39</sup> Su cui v. ad esempio CGUE, , sent. 3 settembre 2008, *Kadi*, nelle cause riunite C-402/05 e C-415/05 (su cui v. SCHILLACI, A., *Tutela dei diritti e cooperazione tra ordinamenti in due recenti pronunce del giudice comunitario*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1253 ss., nonché la bibliografia ivi citata); CdG, sent. 3 giugno 2008, *Intertanko*, in c. C-308/06, su cui v. CANNIZZARO, E., *Il diritto internazionale nell'ordinamento giuridico comunitario: il contributo della sentenza Intertanko*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 645 ss.

Particolarmente significativa, in questo senso, la reazione della Corte costituzionale al richiamato orientamento dei giudici amministrativi. Con la sentenza n. 80/11, infatti, la Corte, seppur escludendo – con argomenti convincenti – l'avvenuta equiparazione della Convenzione europea al diritto dell'Unione e delimitando altresì i confini tra protezione dei diritti nell'UE, nell'ordinamento facente capo alla CEDU e negli ordinamenti nazionali, fa salvo lo schema cooperativo de-sumibile dalla giurisprudenza precedente, valorizzando anche il ruolo del giudice comune.

La giurisprudenza sin qui richiamata pone alcuni problemi, anzitutto con riferimento alle forme e ai limiti del riferimento da parte della Corte costituzionale degli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte, come si è visto, ha riconosciuto alla Corte europea il ruolo di “interprete eminente” delle norme convenzionali e ricorre alla giurisprudenza di Strasburgo al fine di determinare il contenuto delle disposizioni assunte a fonte di integrazione del parametro. Allo stesso tempo, tuttavia, si è osservato che l'iniziale affermazione, da parte della Corte, della propria competenza a sindacare la legittimità costituzionale del complesso normativo di fonte convenzionale al momento di considerarlo nella costruzione del parametro di giudizio sfuma progressivamente, nelle sentenze più recenti, nella rivendicazione della possibilità di adeguare la portata delle norme convenzionali alle caratteristiche dell'ordinamento interno.

Tale operazione viene ricondotta, in particolare, al concetto di margine di apprezzamento: come afferma la Corte, da ultimo nella sentenza n. 236/11, il richiamo alla giurisprudenza della Corte europea “consolidatasi sulla norma conferente” deve avvenire “in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi”<sup>40</sup>. La Corte, in altri termini, si “appropria” di una operazione interpretativa tipica dei percorsi della Corte europea, che riconosce, come noto, agli stati membri, un margine di apprezzamento nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme della Convenzione, in ragione delle specifiche caratteristiche – costituzionali, ma anche storiche e costituzionali – degli ordinamenti nazionali<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Sent. n. 236/11, *cons. dir.*, punto 9, *in fine*. Su questa sentenza v. PINELLI, C., *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3047 ss. In senso analogo, v. la sentenza n. 303/11.

<sup>41</sup> A partire dalla nota sentenza *Handyside* (Corte EDU, sentenza del 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito* (ric. n. 5493/72). Sul margine di apprezzamento, v. almeno MACDONALD R. ST. J., *The margin of appreciation*, in MACDONALD, R. ST. J. – MATSCHER, F. – PETZOLD, H. (Eds.), *The european system for the protection of human rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, p. 83 ss.; SAPIENZA, R., *Sul margine d' apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell' uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 1991, p. 1571 ss.; GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2010; LECIS COCCO ORTU, A., *La com-*

Una simile operazione può essere interpretata almeno in due modi. In primo luogo, appare innegabile che esso si inserisca nell'ambito della rilevata accresciuta sensibilità della Corte per le interazioni tra ordinamenti giuridici. Il concetto di margine di apprezzamento, almeno in linea di principio, rappresenta infatti – nella giurisprudenza della Corte europea – uno strumento di gestione delle relazioni tra ordinamenti, che alleggerisce la conflittualità e, almeno in prospettiva, può favorire la formazione di convergenze materiali tra ordinamenti nazionali e patrimonio normativo convenzionale, rappresentando – almeno entro certi limiti – le specificità degli ordinamenti nazionali nei percorsi di interpretazione del parametro convenzionale<sup>42</sup>.

D'altro canto, non si deve dimenticare che, nella giurisprudenza della Corte europea, il margine di apprezzamento non si pone in termini assoluti: piuttosto, ferma restando – specie in ambiti nei quali non si sia formato un sufficiente grado di consenso tra gli stati membri – l'opportunità di adeguare l'applicazione della Convenzione alle caratteristiche dei singoli ordinamenti, il riferimento al margine di apprezzamento non può legittimare qualunque violazione della Convenzione.

Esso si pone, in altri termini, quale strumento di bilanciamento tra rilevanza delle specificità nazionali e attuazione del principale obiettivo della Convenzione, che è appunto quello di garantire la formazione di un comune *standard* (minimo) europeo di protezione: tale funzione è particolarmente evidente nell'affermazione, da parte della Corte europea, della necessità di sindacare la ragionevolezza e la proporzionalità della deroga al regime convenzionale, pure riconosciuta come frutto del “margine di apprezzamento nazionale”<sup>43</sup>.

Alla luce di simili considerazioni, sarebbe dunque affrettato attribuire al riferimento della Corte costituzionale al margine di apprezzamento l'intento di “vanificare” il rispetto della Convenzione attraverso la sottolineatura – in chiave “conflittuale” – dell'identità costituzionale nazionale, ferma restando ogni altra considera-

---

*paraison en tant que methode de determination du standard de protection des droits dans le systeme CEDH*, cit. nonché TANZARELLA, P., *Il margine di apprezzamento*, in CARTABIA, M. (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 149 ss.

<sup>42</sup> Sul punto, v. ad esempio REPETTO, G., *Argomenti comparativi...*, cit., p. 115 ss., 182 ss.

<sup>43</sup> Si pensi ad esempio, in questa prospettiva, alla giurisprudenza in materia di libertà di coscienza ed esposizione dei simboli religiosi sulla persona o nei luoghi pubblici, ed in particolare al passaggio dalla sentenza cd. *Lautsi I* alla sentenza *Lautsi II*, relative all'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche (Corte EDU, Sez. II, 3 novembre 2009, ric. n. 30814/06 e Corte EDU, grande camera, 18 marzo 2011). Su questa giurisprudenza v. tra gli altri MANCINI, S., *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle Corti*, in *Giur. cost.* 2009, p. 4055 ss.; RUGGIU, I., *The Crucifix and the Margin of appreciation*, in REPETTO, G. (a cura di), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law – An Italian Perspective*, Anversa, Intersentia, 2013.

zione sui problemi legati al margine di autonomia con il quale la Corte tende ad interpretare la giurisprudenza della Corte europea<sup>44</sup>.

Prima di concludere, debbono essere segnalati alcuni casi nei quali la relazione tra l'art. 117, co. 1, cost. e le norme costituzionali "materiali" corrispondenti alle norme convenzionali invocate assume tratti problematici.

Già nella sentenza n. 317/09, come si è visto, la Corte aveva peraltro ammeso la possibilità di un riferimento congiunto all'art. 117, co. 1 e agli artt. 24 e 111 cost., nell'ambito di una loro interpretazione orientata dal contenuto dell'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte europea: si superava, in tal modo, una declinazione dell'art. 117, co. 1, incentrata unicamente sulla dogmatica delle fonti e si allargava il suo ambito di operatività anche alle convergenze sul piano dell'interpretazione e dunque all'integrazione sul piano materiale.

Più di recente, tuttavia, in alcune sentenze, il riferimento al parametro materiale ha addirittura "scavalcato" il parametro di cui all'art. 117, co. 1: in queste sentenze, in altre parole, la Corte torna a fare ricorso alle convenzioni internazionali come fonte di integrazione in via interpretativa del parametro di giudizio, analogamente a quanto avveniva prima della revisione costituzionale del 2001.

Si pensi, in primo luogo, alla sentenza n. 265/10: la Corte era investita, in particolare, della questione di costituzionalità di vari articoli del codice di procedura penale relativi all'applicazione di misure cautelari ad indagati per reati di violenza sessuale, ritenuti contrastanti con gli art. 3, 13, 27 e 117, co. 1 cost., nella parte in cui escludevano l'applicabilità di misure cautelari meno afflittive della custodia cau-

---

<sup>44</sup> Già nella sentenza n. 236/11, ad esempio, la Corte aveva "riletto" il precedente della sentenza *Scopola* della grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo un itinerario "complesso e a tratti tormentato", giungendo – nelle osservazioni dei critici, e al netto dell'effettiva utilità di tale operazione per la soluzione del caso – ad una vera e propria riscrittura del precedente (così PINELLI, C., *Retroattività...*, cit.). Si pensi ai segnali che emergono dalla recente sent. n. 230/12, nella quale, in particolare, la Corte ha ritenuto di non poter desumere dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo l'applicabilità del principio della retroattività della *lex mitior* in materia penale all'eventualità di una restrizione dell'ambito di operatività della norma incriminatrice ad opera non di una legge, ma di un mutamento giurisprudenziale. Particolarmente rilevanti, e problematiche, le argomentazioni della Corte sui rapporti tra declinazione costituzionale e declinazione "convenzionale" del principio di legalità penale, con riferimento alla rilevanza del diritto di fonte giurisprudenziale, anche se tale argomento non appare dirimente nella soluzione della questione, che si colloca piuttosto nel solco di una consolidata giurisprudenza costituzionale – peraltro elaborata sulla base di corrispondenti orientamenti della Corte di Strasburgo – sul carattere non assoluto del principio di retroattività "*in mitius*" (ed in particolare, le sentt. 393/06 e 236/11). Su tale pronuncia, v. comunque le osservazioni critiche di RUGGERI A., *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (15 ottobre 2012); ID., *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, ivi (26 ottobre 2012) nonché le repliche di CONTI, R., *Pensieri sparsi dopo il post scriptum di Antonio Ruggeri su Corte. cost. n.230/2012*, ivi, (29 ottobre 2012).

telare in carcere, a seguito di un giudizio sulla effettiva pericolosità dell'indagato. In tale sentenza, la Corte esamina la censura relativa al parametro materiale (gli artt. 3, 13 e 27), interpretandolo però direttamente alla luce delle pertinenti disposizioni della CEDU, così come interpretate dalla Corte europea (cfr. *cons. dir.*, punti 5, 7 e 10), dichiarando così assorbite le censure di cui all'art. 117, co. 1.

Meno netto lo “scavalcamento”, ma più evidente nell'*iter* argomentativo, nelle sentenze n. 83/11 e 31/12, rese su questioni relative alla protezione dei minori: in entrambi i casi, era peraltro invocato unicamente il parametro materiale (artt. 2, 3, 24, 30, 31 e 111, nella sentenza n. 83/11; artt. 2, 3, 27 co. 3, 30 e 31 nella sentenza n. 31/12) che viene tuttavia interpretato alla luce degli strumenti internazionali in materia (nello stesso senso, v. altresì la sent. n. 21/12).

La Corte sembra così riservarsi un certo spazio di manovra nella gestione delle relazioni tra ordinamenti. Si tratta, certo, di un orientamento frammentario e, soprattutto, mai sostenuto da motivazioni esplicitamente dirette a giustificare il mancato riferimento all'art. 117, co. 1.

Si potrebbe tuttavia sostenere, in prima approssimazione, che esso, senza superare il modello tracciato dalla giurisprudenza del 2007, superi un'impostazione dei rapporti con l'ordinamento CEDU in termini rigidi e univoci, a favore di un più variegato sistema di gestione delle relazioni e delle convergenze interpretative. Tale superamento, peraltro, potrebbe iscriversi nella più volte sottolineata progressiva apertura della Corte a dinamiche di interazione sempre più complesse e “diffuse”.

## § 5. Conclusioni

L'esame, sin qui condotto, della giurisprudenza costituzionale in materia di rapporti tra l'ordinamento italiano e la CEDU mostra, in modo particolare, come l'analisi dei percorsi di costruzione del parametro di costituzionalità divenga occasione per riflettere sugli assetti delle relazioni tra ordinamenti giuridici.

L'analisi dell'approccio del giudice costituzionale alle relazioni tra ordinamenti giuridici può essere valutata, peraltro, rispetto ad una serie di canoni. Anzitutto, le norme costituzionali che disciplinano le relazioni tra ordinamenti, specie in relazione alla presenza di clausole di apertura dell'ordinamento interno. In secondo luogo, la riflessione sui percorsi argomentativi del giudice costituzionale, sulle tecniche interpretative e di giudizio: queste, infatti, ferma restando la rilevanza di eventuali clausole costituzionali di apertura o chiusura, possono chiarire in larga misura gli effettivi assetti della relazione tra ordinamenti da parte del giudice costituzionale.

Come si è visto, infatti, percorsi argomentativi incentrati esclusivamente sulla dogmatica delle fonti possono condurre a privilegiare profili di chiusura, in considerazione del legame tra un approccio dogmatico alla teoria delle fonti e il principio di esclusività dell'ordinamento giuridico statale. Al contrario, la scelta di costruire il



parametro di costituzionalità anche attraverso il riferimento a contenuti normativi di fonte internazionale conduce a significative aperture, riconducibili ad un approccio metodologico che, superando l'esclusività dell'ordinamento statale, riconosce la rilevanza di contenuti normativi provenienti da ordinamenti giuridici diversi come termine di raffronto del diritto interno.

La dimensione del giudizio – ed in particolare, ai nostri fini, quella del giudizio di costituzionalità – diviene così la sede in cui i problemi di relazione tra norme e tra ordinamenti emergono a partire dalla concreta istanza di tutela: in tal sede, dunque, devono poter essere composte in armonia la domanda di giustizia (nel nostro caso, l'istanza di tutela del diritto fondamentale) la dimensione della relazione tra ordinamenti (nel nostro caso, il rispetto dell'adesione ad un sistema sovranazionale di protezione dei diritti) ed infine la relazione tra norme (dunque, il bilanciamento con l'istanza identitaria riconducibile alla norma costituzionale interna).

Nella dimensione del giudizio, si passa dunque – attraverso le segnalate interazioni – ad una vera e propria operazione di comparazione tra *esperienze giuridiche*, orientato alla concreta domanda di giustizia. Pertanto, la stessa prospettiva di teoria delle fonti si apre alle convergenze interpretative nel momento in cui il giudizio non è declinato come mero raffronto tra testi o come risoluzione di un conflitto secondo esiti di prevalenza dell'una disposizione sull'altra, bensì come confronto tra norme ed esperienze, vale a dire comprensivo dell'interpretazione e della percezione della disposizione maturata nell'*esperienza* assunta a parametro. Non si tratta, cioè, del rapporto tra due disposizioni normative, da risolvere secondo i canoni della dogmatica delle fonti; bensì del confronto tra esperienze giuridiche diverse, che la Corte può comporre in armonia, attraverso la ricerca di convergenze interpretative.



**Emma A. Imperato\***

## **IDENTITÀ CULTURALE E TERRITORIO TRA GLOBALIZZAZIONE, “MULTILEVEL GOVERNANCE” E ORDINAMENTO INTERNO**

SOMMARIO: § 1. Profili introduttivi – § 2. Il ritorno alle radici identitarie – § 3. Il concetto di cultura e di “identità culturale” – § 4. I processi storici legati al fattore culturale. Brevi osservazioni conclusive

### **§ 1. Profili introduttivi**

In un momento storico che vede ormai slegato, sotto diversi profili, il fattore territoriale da elementi ad esso abitualmente connessi ci si può domandare se e come sia ancora possibile accordare una rilevanza giuridica al “territorio”.

Si pensi, come è sotto gli occhi di tutti, alle trasformazioni legati alla componente economica, laddove l’esaltazione del mercato globale ha finito col porre in discussione i riferimenti territoriali tradizionali ma anche istituti e concetti come quelli di Stato-nazione.

Lo “svuotamento”, avviato da diverso tempo, dei poteri decisionali dei singoli Stati a favore di istanze decisionali di livello globale che rappresentano i vertici di un sistema a rete<sup>1</sup> in grado di condizionare in modo determinante la vita economica, sociale e istituzionale dei Paesi e dei loro cittadini, ha comportato più di un effetto. Da un lato, ha determinato il depotenziamento della sovranità della legge, dall’altro, ha portato con sé il declino del concetto stesso di “confini” dello Stato-nazione che non possono più essere intesi come elementi idonei a definire l’identità dei luoghi e

---

\* Emma A. Imperato, Università della Calabria.

<sup>1</sup> Costituito da organizzazioni internazionali quali l’Organizzazione mondiale del commercio - OMC (*World Trade Organization*), il Fondo monetario internazionale - FMI (*International Monetary Fund*) e la Banca mondiale (*World Bank*), con le loro ulteriori articolazioni in numerosissime organizzazioni internazionali parallele, unitamente ad organizzazioni private (Organizzazioni non governative - Ong) e ad organismi regionali, ovvero, organizzazioni comprendenti più Stati, come l’Unione europea (facente parte dell’OMC).

a determinare l'appartenenza dei popoli, a raccogliere, cioè, "i dimoranti nell'unità di una terra e i tempi dell'unità di una storia"<sup>2</sup>.

Lo Stato, oggi, si rivela piuttosto come parte di una "rete di governi di settore"<sup>3</sup>, ovvero, come un'unità componente di un sistema partecipato anche da organizzazioni *ultra* e *super*-statali che mette al centro dell'attenzione l'espansione globale dell'economia. Il mercato, in quest'ottica, andando oltre il concetto di confine, non solo *de-localizza* ma anche *de-storicizza*<sup>4</sup> società e individui trovandosi questi, in ultimo, privati dei propri caratteri storici-identitari e della propria identità culturale.

Peraltro, non diversamente può dirsi - a proposito della perdita del collegamento di alcuni elementi con il fattore "territorio" - nell'ipotesi di istituti e concetti che invece, proprio per loro essenza, sono stati finora considerati quali elementi fondati appunto sulla componente territoriale, come nel caso della cittadinanza e, in particolare, europea.

Se nella dimensione europea, invero, malgrado polemiche e dibattiti, già si intravede lo statuto normativo e istituzionale di una specifica cittadinanza, è tuttavia proprio con la "cittadinanza europea" che appare evidente la non corrispondenza tra lo spazio giuridico (europeo) - inteso come spazio ove vigono principi di libertà, sicurezza e giustizia - e lo spazio politico (europeo): gli individui vedono affermata la loro posizione principalmente in porzioni di territorio, nell'ambito cioè di specifici ordinamenti e solo con forti limitazioni rispetto alle istituzioni europee, mancando un reale spazio geo-politico europeo, ovvero, per così dire, un "territorio europeo" nel quale l'esistenza di nuovi circuiti decisionali consenta un effettivo intervento dei cittadini nelle scelte politiche ed economiche dell'Unione<sup>5</sup>.

La perdita di quel fondamentale elemento di delimitazione materiale dell'identità geo-politica e storico-culturale - quale è stato sempre inteso il "confine" - causata dalle politiche di globalizzazione comporta una certa separazione tra la sfera politico-giuridica e quella tecnico-economica, finendo con il travolgere lo stesso diritto. La prevalenza della mediazione tecno-burocratica, su cui si fondano i sistemi di *global governance* o di *regional governance*, rispetto a quella politico-rappresenta-

---

<sup>2</sup> Cfr. IRTI, N., *Geo-diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 30 e ss. al quale si rinvia per le considerazioni nel testo *supra* brevemente accennate.

<sup>3</sup> Così, CASSESE, S., *Oltre lo Stato*, Bari, Laterza, 2007, in particolare, p. 107 ove, nell'analizzare il fenomeno della globalizzazione, si cerca di indagare altresì l'esistenza o meno di uno "Stato di diritto" oltre lo Stato, nonché il ruolo assunto dai giudici nell'ordinamento globale.

<sup>4</sup> Ancora, IRTI, N., *op. cit.*, p. 30. L'autore osserva infatti che gli uomini venendo tirati fuori dai luoghi e privati di identità e di storia, *de-storicizzati*, "mai si ritrovano insieme (sempre, l'uno contro o di fronte all'altro), e mai confluiscono in forme di unità. L'uni-formità, ossia la regolarità ripetitiva, tiene luogo dell'unità".

<sup>5</sup> Sul punto si rinvia alla lettura critica fornita da AMIRANTE, C., voce *Cittadinanza*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento, vol. XII, 2004, p. 13 e ss., che, anche in considerazione di questa carenza, definisce la cittadinanza europea come "una cittadinanza economica in veste giuridica".

tiva mette in crisi non solo i concetti di Stato, di politica nazionale economica, di Stato sociale ma persino i concetti più generali di diritto pubblico, di *res pubblica* e di funzione pubblica: si tende così alla omologazione degli elementi identitari che danno contenuto al concetto di cittadinanza e, quindi, delle politiche culturali e territoriali che ne rappresentano la concreta attuazione.

Gli ordini giuridici, svincolati dall'identità geo-politica, ma anche dal fondamento storico-culturale, si ritrovano nell'artificialità di un tecnicismo giuridico nel quale le ragioni dell'economia prevalgono decisamente sui tradizionali elementi politico-culturali ed etico-sociali tipici del costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra.

## § 2. Il ritorno alle radici identitarie

Allora torniamo alla domanda iniziale: si può ancora dare rilievo al "territorio" in un mondo caratterizzato dalla deterritorializzazione, sotto più profili?

In realtà, è proprio in un momento di affermazione dei sistemi di *global governance* e di *multilevel governance*, di frammentazione dei soggetti pubblici, sottratti a modelli organizzativi e relazionali di tipo gerarchico, con la conseguente crisi dello Stato-nazione e la perdita dei suoi elementi di identificazione anche territoriale, che si determina una più netta contrapposizione tra dimensione globale/astratta (rispetto al territorio) e dimensione locale-regionale/territoriale<sup>6</sup>.

La perdita di importanza dei "confini" classici non sembra portare con sé, in ogni caso, anche l'irrilevanza dell'elemento territoriale. Anzi, per contrapposizione, può accentuarne la rilevanza.

Considerato non solo come "spazio" o "area" – ovvero, come elemento fisico-geografico e naturalistico – ma anche come fattore in connessione con quelli di tipo "antropico-culturale" e divenendo, per così dire, mappa identitaria della comunità che lo abita, il "territorio" sembra riemergere come una sorta di "avamposto", un effetto di "contropinta" rispetto ai fenomeni della globalizzazione<sup>7</sup>.

Qui considerato è il territorio-paesaggio. Si guarda, cioè, al territorio come luogo di insediamento della comunità in continua e dinamica interazione con le forze naturali che, se da un lato, resta caratterizzato dall'azione umana, dall'altro distingue la comunità ivi stanziata. Il fattore antropico-culturale, essendo elemento intrinseco ed essenziale del paesaggio, trasforma il territorio in bene-veicolo, in

---

<sup>6</sup> Contrapposizione in genere definita anche più semplicemente con il binomio dialettico globale-locale, come sottolineato da alcuni autori e, in particolare, da CASTELLS, M., *Il potere delle identità*, Egea, Università Bocconi, Milano, 2003, p. 1.

<sup>7</sup> In tal senso, sia consentito rinviare al mio lavoro, *Identità culturale e territorio tra Costituzione e politiche regionali*, ISSIRFA-CNR, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 7-310.

“linfa-vitale” della percezione del “senso del luogo”, del sentimento di appartenenza e di riconoscimento della comunità locale, assumendo a fattore identitario.

In questa prospettiva, la Convenzione europea del paesaggio adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa e aperta alla firma degli Stati a Firenze il 20 ottobre 2000<sup>8</sup>, definisce espressamente il paesaggio come “una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall’azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni”.

A dispetto dell’idea attualmente diffusa che vede l’identità trattata come una “merce tra le altre, avendo saldato l’accesso al suo uso per un tempo, così da poter usare successivamente altri modelli di identità”<sup>9</sup>, è fuori di ogni dubbio che “l’identità è resa possibile solo dalla cultura, e non dall’economia”<sup>10</sup>. Una risposta al sistema a “rete” della globalizzazione sembra così venire dal rafforzamento della “rete di luoghi”, formata da ambiti territoriali a più livelli, articolata secondo riferimenti culturali, identitari-paesaggistici e fondata su una concezione della democrazia basata sulla partecipazione dei cittadini ai processi decisionali-gestionali, sia pure nell’ambito di più ampi contesti, quale è quello europeo.

L’interazione tra identità e territorio potrebbe portare anche ad individuare nuovi “confini” per le scelte politico-amministrative, oltre a rivalorizzare quelli tradizionali.

Più che di “caduta” dei confini, si potrebbe in quest’ottica parlare eventualmente di processi di modificazione e di “spostamento” dei confini stessi: il territorio-paesaggio, come elemento culturale-identitario, in questa ottica, potrebbe essere un elemento di riferimento costitutivo. Si tratta di temi e problemi che del resto, da tempo, sono andati emergendo nella normativa, a partire dal dpr 616/77, passando per il d.lgs. 112/98, per arrivare alle più recenti riforme della stessa Carta costituzionale.

### § 3. Il concetto di cultura e di “identità culturale”

Dotata di ampi, e diversi, significati e potenzialmente riferibile ai più svariati settori appare la nozione di cultura.

Già nella dichiarazione finale della Conferenza messicana dell’UNESCO del 1982 si affermava, infatti, che “la cultura in senso lato può essere considerata come

---

<sup>8</sup> Tale testo è stato elaborato, dopo una lunga gestazione, sulla base di un progetto delineato dal Congresso dei poteri locali e regionali d’Europa, un organo consultivo del Consiglio d’Europa e rappresentativo degli Enti e regionali dei 46 Stati membri del Consiglio.

<sup>9</sup> ROMANO, B., *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto. Saggio su diritto e identità*, Giappichelli, Torino, 2001.

<sup>10</sup> Così, HABERLE, P., *Costituzione e identità culturale*, ISSIRFA-CNR, Giuffrè, Milano, 2006, p. 15.

l'insieme degli aspetti spirituali, materiali, intellettuali ed emozionali unici nel loro genere che contraddistinguono una società o un gruppo sociale. Essa non comprende solo l'arte e la letteratura, ma anche i modi di vita, i diritti fondamentali degli esseri umani, i sistemi di valori, le tradizioni e le credenze"<sup>11</sup>. Il concetto di cultura, secondo questa definizione, implica, allo stesso tempo, sia un profilo "universale" sia uno "particolare": la concezione universale dei diritti dell'uomo e gli elementi specifici, ovvero, i modi di vivere, le tradizioni proprie degli individui appartenenti ad un gruppo, che li distingue rispetto a quelli di un altro gruppo.

La medesima nozione di "identità culturale" contrassegna una molteplicità di azioni e comportamenti umani nella comunità: dalle tradizioni storiche alle produzioni e alle arti, dai dialetti ai comportamenti sociali e, in definitiva, qualunque attività, uso o abitudine assunta socialmente.

Il territorio-paesaggio a questi elementi aggiunge il senso di appartenenza, attraverso la percezione soggettiva dei luoghi, ben consentendo - secondo l'ampia visione fornita dall'Unesco nella dichiarazione di Friburgo del 2007 - ad "una persona o un gruppo (di) esprime(re) la propria umanità e i significati che dà alla propria esistenza e al proprio sviluppo"<sup>12</sup>.

L'identità culturale qui affermata non può essere concepita in senso statico, ma piuttosto in senso dinamico. Con riferimento ai fattori attraverso i quali si esprime - in particolare, il territorio-paesaggio - può essere letta come un elemento dato, ma anche in continua evoluzione e, quindi, come un "valore" da proteggere, ma in grado di riaffermare nel tempo l'unità della comunità secondo una logica di continua innovazione: in quanto tale, l'identità culturale è oggetto di conservazione e, soprattutto, di "valorizzazione".

Detto in altri termini, l'identità culturale, intesa in questa prospettiva, non è mai definibile *a priori* e va considerata come un elemento in continua costruzione ed evoluzione. Nel territorio-paesaggio, assunto come mappa identitaria aperta alle diversità culturali, il rispetto, la conservazione ed anche, come si diceva, la "promozione" dei valori e dei caratteri naturali, storici e tipici si combinano con i fenomeni e le espressioni provenienti da esigenze nuove. Qui, il pluralismo e le diversità culturali comportano una continua rinegoziazione - anche attraverso strumenti di partecipazione - delle identità delle comunità territoriali.

---

<sup>11</sup> Conferenza mondiale sulle politiche culturali. Rapporto finale della conferenza internazionale, organizzata dall'UNESCO a Città del Messico dal 26 luglio al 6 agosto 1982.

<sup>12</sup> Art. 2 a, *I diritti culturali. Dichiarazione di Friburgo*, adottata a Friburgo il 7 maggio 2007, in [www.unifr.ch/uedb](http://www.unifr.ch/uedb). Si tratta di un testo che, modificando in maniera significativa un precedente progetto del 1998 redatto per l'UNESCO da un gruppo internazionale di lavoro (il "gruppo di Friburgo"), è affidato alla volontaria adesione di persone, comunità, istituzioni e organizzazioni che intendono partecipare allo sviluppo dei diritti, delle libertà e delle responsabilità enunciati nella stessa.

La dichiarazione universale dell'UNESCO sulla diversità culturale del 2001<sup>13</sup> riconosce, per la prima volta, appunto la "diversità culturale": è su questa che si fonda la "pluralità delle identità caratterizzanti i gruppi sociali" intesa come "patrimonio comune dell'umanità", come valore da affermare e tutelare al pari della dignità della persona umana; mentre la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in una nota sentenza del 2004, ha affermato che il "pluralismo si basa sul riconoscimento e il rispetto autentici della diversità e della dinamica delle tradizioni culturali, delle identità etniche e culturali, delle convinzioni religiose, delle idee e concezioni artistiche, letterarie e socio-economiche" e che "un'interazione armoniosa fra individui e gruppi con identità differenti è essenziale al fine della coesione sociale"<sup>14</sup>.

Il "territorio-paesaggio", in tale situazione, può costituire allora non tanto un "baluardo", quanto il "luogo" di conservazione-tutela, promozione e valorizzazione dell'identità o, meglio, delle identità (dei loro scambi e interazioni).

Nell'ordinamento italiano, la conferma di questa delineazione della nozione di identità intesa in maniera dinamica e aperta, in continuo rinnovamento, si può rinvenire nella lettura coordinata di alcune norme costituzionali e, in particolare, dei commi primo e secondo dell'art. 9<sup>15</sup>, in connessione agli artt. 33, 34, ma anche agli artt. 2 e 3.

Che gli individui, parti di una certa comunità, sviluppino un senso di appartenenza non significa tuttavia che sviluppino contemporaneamente sempre anche una "consapevolezza" d'identità. È la prassi e la pratica quotidiana che danno il senso dell'appartenenza e nel tempo possono far maturare – attraverso processi di conoscenza, di confronto e di interscambio – un senso di identità.

Un esempio rilevante è quello delle regioni italiane, in particolare ad autonomia ordinaria: la loro previsione in Assemblea costituente fu fatta per lo più in assenza di radici storiche e di esperienze di autogoverno, null'affatto "giustificata in termini di 'scienza culturale', riportata, cioè, a 'peculiarità etniche e linguistiche, storiche ed altro' loro proprie e capaci di distinguerle le une dalle altre"<sup>16</sup>.

A differenza di quanto avvenuto più di recente in Germania, dove è stato proprio il "sentimento d'identità culturale", per dirla con Habermas<sup>17</sup>, percepito in

<sup>13</sup> *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, 2 novembre 2001.

<sup>14</sup> *Gorzeliak e altri / Polonia* (Camera Alta), sentenza n. 44158/98 del 17 febbraio 2004.

<sup>15</sup> "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio, il patrimonio storico e artistico della Nazione".

<sup>16</sup> Cfr. BARTOLE, S., *Le Regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica: tentativi più o meno convinti di trovare una legittimazione etnica*, in BARTOLE, S. (a cura di), *Le Regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 2.

<sup>17</sup> HÄBERLE, P., *Problemi attuali del federalismo tedesco*, in D'ATENA, A. (a cura di), *Federalismo ed regionalismo in Europa*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 130, laddove l'A. osserva che "erano e sono infatti la 'patria',



senso comunitario-territoriale, ad aver determinato il "risorgimento" dei cinque *Länder* della Germania orientale – a suo tempo scomparsi a seguito dell'instaurazione della Repubblica Democratica tedesca – salvaguardando lo stesso Stato federale nel profondo, le regioni italiane – concepite dall'alto per motivi principalmente politici e, in parte, amministrativi – nascono così come "costruzioni artificiali", caratterizzate da un "deficit di identità".

È solo così, attraverso la prassi quotidiana politico-amministrativa, il progressivo emergere di interessi ed esigenze territoriali specifici che, dopo vari anni, si va affermando una certa "consapevolezza identitaria" regionale, oltre che sul piano politico, anche su quello percettivo-sociale della relativa comunità: è unicamente nel tempo che l'istituzione-regione sembra sia riuscita a mettere "radici" così che, in qualche modo, la rispettiva comunità sociale si riconosca in essa.

#### **§ 4. I processi storici legati al fattore "culturale": brevi osservazioni conclusive**

Per comprendere l'evoluzione della nozione di "cultura", può essere interessante guardare altresì ad alcuni processi storici succedutesi nel tempo in connessione anche a tale elemento.

Così, all'indomani della seconda guerra mondiale, in una fase caratterizzata da necessità di ricostruzione e di pace, il profilo culturale è emerso soprattutto in connessione all'educazione, alla scienza e a fattori legati allo sviluppo economico. In questa fase storica gli Stati-nazione erano ancora intesi come entità unitarie, la comunità politica coincideva con la comunità nazionale e i concetti di pluralismo e diversità erano legati essenzialmente alle differenze "internazionali" e non intranazionali.

Nel caso, invece, dei nuovi paesi indipendenti l'affermazione delle identità culturali spesso è stata posta alla base della loro indipendenza e della loro esistenza sul piano internazionale (e qui la cultura si estendeva così all'identità).

Più di recente, infine, il fenomeno della globalizzazione caratterizza una fase nuova nella quale si indeboliscono (o comunque cambiano ruolo) le istituzioni statali e le identità culturali, per contrapposizione alla mondializzazione, rinascono in connessione a dimensioni regionali e locali. In questa fase l'identità come "memoria storica" ed elemento di solidarietà della comunità insediata in un determinato territorio porta con sé una capacità di aggregazione che le forme politiche tradizionali faticano a mantenere.

---

specifiche 'province' e città, diversi scenari naturali, un certo 'stampo umano' (...) il substrato di quanto costituisce il fondamento dei *Länder* in senso giuridico".

Per altro verso l'identità, seguendo una forza "centrifuga", può diventare – e questo è il rovescio della medaglia – un fattore "disgregante" delle strutture politiche e comunitarie esistenti.

Nel senso di un'identità "disgregante", basata tuttavia su una identità culturale "inventata" del popolo padano, opera, ad esempio, in Italia la Lega Nord.

In questo caso d'altronde, a ben vedere, l'identità non parte dal basso, da una comunità sociale stabilita in un determinato ambito territoriale, ma è calata dall'alto, da un livello politico, secondo un processo di costruzione identitaria invertito: l'intento è quello di influenzare gli elettori di una data area nel tentativo di dare loro un'unità e trasformarli in una nuova "comunità padana" così da giungere – come spesso espressamente enunciato - ad un'affermazione indipendentista<sup>18</sup>.

E se è vero che molte forme di identità sono costruite per così dire "a tavolino", mancando inizialmente di radici solide, alcune tuttavia, come appunto avviene in questo caso, sono prodotte non per una scelta comunitaria ma "gonfiate e lanciate" da chi sta intorno per fini chiaramente manipolatori e strumentali<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Si rinvia, in proposito, ai rilievi di AIME, M., *Eccesso di culture*, Einaudi, Torino, 2004, in particolare, p. 35 e ss.

<sup>19</sup> Cfr. BAUMAN, Z., *Intervista sull'identità*, in VECCHI, B. (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 2003, p.8 e ss.

**Didier Maus\***

## **LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME EST-ELLE UNE COUR CONSTITUTIONNELLE SUPRANATIONALE ?**

**SOMMAIRE:** Introduction – § 1. Les droits fondamentaux dont la Cour européenne des droits de l'homme assure le respect sont très proches de ceux protégés par les cours constitutionnelles nationales – A. Les droits fondamentaux de base – B. Les droits politiques – § 2. L'absence d'immunité juridictionnelle du droit constitutionnel national – A. La Cour européenne des droits de l'homme n'accorde aucun privilège aux juridictions constitutionnelles nationales – B. La Cour européenne des droits de l'homme fait prévaloir la Convention sur les constitutions nationales – Remarques finales

### **Introduction**

Il ne fait guère de doute que le paysage juridictionnel européen est de plus en plus complexe. Dans chacun des 47 pays membres du Conseil de l'Europe, il existe un système juridictionnel national avec, le cas échéant, une cour constitutionnelle ou une cour suprême. Quelles que soient les structures adoptées, ce juge national est le juge de droit commun, qu'il s'agisse du contentieux civil, du contentieux pénal ou du contentieux administratif, qu'il s'agisse d'interpréter des règles juridiques de base ou d'apprécier d'éventuelles méconnaissances de droits fondamentaux.

Les 47 pays évoqués sont tous signataires de la Convention européenne des droits de l'homme et ont tous souscrit à la clause de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme siégeant à Strasbourg. Cette cour n'est théoriquement compétente qu'à titre subsidiaire, puisque le juge national est le juge de premier degré de la compatibilité des normes nationales avec les stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme et elle ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours interne. Il n'en demeure pas moins que la forte activité de cette cour, notamment depuis sa transformation en une cour permanente en 1998, l'a dotée d'un prestige inégalé. Sa jurisprudence en matière de libertés fondamentales en fait désormais le point de référence pour les droits de l'homme classiques, au sens de la Convention européenne et de ses protocoles substantiels.

---

\* Didier Maus, conseiller d'État, président de l'Association internationale de droit constitutionnel, membre et ancien président du Tribunal constitutionnel d'Andorre.

À cette dualité, il convient, pour les 27 pays membres de l'Union européenne, d'ajouter la Cour de justice de l'Union européenne (encore plus connue sous son nom antérieur au 1<sup>er</sup> décembre 2009 de Cour de justice des Communautés européennes). Certes, son activité a été essentiellement consacrée à mettre en place l'espace économique unifié des Communautés européennes et de l'Union européenne, mais progressivement sa jurisprudence a intégré les droits fondamentaux comme principes généraux du droit communautaire jusqu'à ce que le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009, donne une valeur normative à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour ce qui concerne les acteurs de ladite Union.

Pour se limiter à la comparaison entre la Cour européenne des droits de l'homme et les cours constitutionnelles nationales, les différences sautent aux yeux:

- Dans chaque pays, la Constitution constitue la norme juridique suprême de droit interne, comme cela a été réaffirmé, par exemple, par le Conseil d'État dans l'arrêt *Sarran*<sup>1</sup> ou comme cela est affirmé dans la Constitution de la Principauté d'Andorre<sup>2</sup>, cette primauté étant implicitement rappelée par la Constitution belge et le site Internet de la Cour constitutionnelle belge<sup>3</sup>. Il en découle que la Constitution peut être modifiée éventuellement pour dépasser une décision de la Cour constitutionnelle dans le cadre d'une procédure nationale qui, certes, n'est pas toujours très aisée à mettre en œuvre, mais qui, lorsque cela est nécessaire, peut parfaitement fonctionner.

À l'inverse, la Cour européenne des droits de l'homme doit son existence à une convention internationale, c'est-à-dire avant tout un contrat entre les pays signataires. À partir du moment où cette convention est désormais ratifiée par 47 pays, chaque modification nécessite non seulement l'accord de chacun d'entre eux, mais que les procédures de ratification nationale soient menées à bien. Les six années qui se sont écoulées entre la signature du protocole n° 14, protocole destiné à améliorer l'efficacité de la Cour, et sa ratification par le dernier pays, la Russie, et son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2010, soulignent la difficulté de modifier à l'unanimité un accord de ce type.

- La deuxième différence tient au caractère subsidiaire de la Cour européenne des droits de l'homme. Il a toujours été affirmé que la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas la cour de premier degré de l'application de la Convention, celle-ci relevant d'abord du juge national qui doit, à ce titre, confronter la norme nationale et les stipulations de la Convention. De ce fait, l'intervention

---

<sup>1</sup> CE, Ass., 30 octobre 1998, « conseil-etat.fr ».

<sup>2</sup> Article 3, alinéa 1.

<sup>3</sup> Voir le site « const.court.be ».

de la Cour européenne des droits de l'homme ne peut intervenir à titre préjudiciel, ce qui est le cas des cours constitutionnelles dans certains pays (par exemple Italie, Belgique, Andorre, ou désormais France), mais simplement au terme de l'épuisement des voies de recours nationales.

D'un point de vue strictement formel, il ne peut donc être affirmé que la Cour européenne des droits de l'homme ressemble à une cour constitutionnelle nationale. Il existe néanmoins deux éléments symboliques forts, en sens contraire:

- La Cour européenne des droits de l'homme fait partie de manière très active du réseau des cours constitutionnelles européennes et invite tous les ans, lors de son audience solennelle de rentrée, les cours constitutionnelles ou leur équivalent à participer non seulement aux cérémonies, mais également à un séminaire de travail, dont le thème tourne toujours autour du dialogue entre la Cour européenne et les cours suprêmes ou constitutionnelles nationales<sup>4</sup>.

- Dans l'arrêt *Loizou c/Turquie* du 23 mars 1995, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la Convention constitue « un instrument constitutionnel de l'ordre public européen » (*considérant* n° 75)<sup>5</sup>. Cette jurisprudence a été réaffirmée dans l'arrêt *Bankovich* du 1<sup>er</sup> décembre 2001<sup>6</sup>. Ces deux arrêts n'ont pas expressément déduit de la nature de la Convention comme instrument constitutionnel de l'ordre public européen la nature constitutionnelle de la Cour, mais une Cour, qui doit juger en fonction d'un instrument constitutionnel, peut-elle être qualifiée autrement que de cour constitutionnelle? Certes, la réponse peut susciter quelques nuances, mais il convient de constater que les droits et libertés, dont la Cour européenne des droits de l'homme assure le respect, recouvrent très largement les compétences des cours constitutionnelles nationales et que la Cour de Strasbourg n'accorde aucune immunité juridictionnelle au droit constitutionnel national.

### **§ 1. Les droits fondamentaux dont la Cour européenne des droits de l'homme assure le respect sont très proches de ceux protégés par les cours constitutionnelles nationales**

Évoquant la liaison entre les cours constitutionnelles nationales et la Cour européenne des droits de l'homme, son président Jean-Paul Costa a déclaré à Moscou le 10 mai 2007: « Cette imprégnation du droit constitutionnel par les droits de l'homme a donc conduit, d'une part, les juridictions constitutionnelles, d'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme, à œuvrer dans le même do-

---

<sup>4</sup> Cour européenne des droits de l'homme. *Dialogue entre juges*, 2009.

<sup>5</sup> Affaire n° 15318/89.

<sup>6</sup> Affaire n° 52207/99.

maine »<sup>7</sup>. Le président de la Cour insistait à cette occasion, comme dans beaucoup d'autres, sur la nécessité d'éviter les divergences entre la Cour de Strasbourg et les cours nationales et encore plus de véritables conflits, plaidant ainsi pour ce qu'il est désormais convenu d'appeler « le dialogue des juges ». Néanmoins, l'actuel président de la Cour, comme son prédécesseur, M. Wildhaber, ont toujours affirmé que la Cour de Strasbourg disposait d'une totale autonomie pour s'écarter, voire s'affranchir des interprétations données par les juges constitutionnels nationaux.

L'identité entre les domaines relevant de la compétence du juge national et du juge européen, découle à la fois de la proximité des catalogues pour les droits fondamentaux de base, et également de l'intervention de la Cour de Strasbourg à propos des droits strictement politiques.

### **A. Les droits fondamentaux de base**

Il est aisé de comparer les catalogues de la Convention européenne et des droits nationaux et de constater une grande similitude. Certes, la plupart des constitutions nationales contiennent désormais des droits fondamentaux qui ne se retrouvent pas dans la Convention, mais la totalité des droits énoncés dans la Convention et dans ses protocoles substantiels se retrouve dans les constitutions nationales. Pour prendre l'exemple négatif, le principe de la dignité humaine, tel qu'il est entendu par la Convention européenne, n'inclut pas, comme le fait l'article 23 de la Constitution belge, le droit au travail, à la sécurité sociale, à un logement décent ou même à la protection d'un environnement sain ou à l'épanouissement culturel et social. La même observation peut être faite en comparant la Convention et le catalogue figurant dans le préambule de la Constitution française de 1946 ou certains des droits économiques, sociaux et culturels, énoncés au chapitre V de la Constitution d'Andorre.

À l'inverse, les très grands droits individuels affirmés par les premiers articles de la Convention européenne: le droit à la vie à l'article 2, l'interdiction de la torture à l'article 3, l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé à l'article 4, le droit à la liberté et à la sûreté à l'article 5, le droit au procès équitable à l'article 6, l'interdiction des sanctions pénales non prévues par la loi à l'article 7, le droit au respect de la vie privée et familiale à l'article 8, le droit à la liberté de conscience et de religion à l'article 9, le droit à la liberté d'expression à l'article 10, pour ne prendre que ces droits normatifs essentiels, ou le droit de propriété inscrit à l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel ou le droit à l'instruction prévu à l'article 2 de ce même protocole, recouvrent des réalités nationales très proches. Il convient éga-

---

<sup>7</sup> Voir le site Internet de la Cour « [echr.coe.int](http://echr.coe.int) ».

lement d'y inclure le principe horizontal essentiel d'égalité ou sa forme encore plus précise de non discrimination.

On trouve des dispositions de même allure, même si elles ne sont pas rédigées exactement de la même manière, pour prendre la Constitution belge, aux articles 10 et 11, pour ce qui concerne le principe d'égalité et l'interdiction des discriminations; à l'article 12 pour la garantie de la liberté individuelle; à l'article 14 pour l'interdiction des sanctions pénales non prévues par la loi; à l'article 14 *bis* pour l'abolition de la peine de mort; à l'article 15 pour l'inviolabilité du domicile ou à l'article 16 pour la garantie du droit de propriété; sans parler de l'article 19 sur la liberté des cultes; l'article 22 sur le respect de la vie privée et familiale ou l'article 24 sur les libertés de l'enseignement. La Constitution italienne contient de manière semblable dans sa partie I sur « Droits et devoirs des citoyens » l'inviolabilité de la personne humaine (art. 13), le droit de rassemblement et d'association (art. 17 et 18), la liberté religieuse (art. 19), la liberté d'expression (art. 21), le droit au juge (art. 24) et bien d'autres droits fondamentaux.

Toutes les constitutions contemporaines, spécialement celles qui ont été rédigées après la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire après 1950, contiennent de longs catalogues de droits fondamentaux, plus ou moins étendus, en particulier dans les domaines économiques, sociaux et culturels. La France qui, en 1958, n'a pas voulu rerédiger un catalogue des droits fondamentaux et n'a surtout pas expressément prévu qu'il soit sanctionné par le juge constitutionnel, fait apparemment exception. Les droits fondamentaux, tels qu'ils résultent de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, du préambule de la Constitution de 1946, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République découlant du premier alinéa de ce même préambule et de certaines règles, comme l'égalité ou la protection de la liberté par le juge inscrites dans la Constitution de 1958 elle-même, fournissent un catalogue très analogue à celui des autres pays. La Charte de l'environnement, adoptée par la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005, confère même à la Constitution française un caractère plus étendu que dans beaucoup d'autres à propos de ce nouveau droit.

Un tableau à 28 colonnes, la première reprenant les intitulés des articles normatifs de la Convention européenne et les 27 autres les normes constitutionnelles nationales, soulignerait encore mieux la véritable similitude.

Même en Grande-Bretagne, où il n'existe pas de constitution écrite, les principes traditionnels et l'adoption, en 1998, du *Human Rights Act* ne permettent pas de considérer ce pays comme une véritable exception.

Il en résulte immédiatement la question de savoir si les interprétations données par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits fondamentaux, dans des domaines analogues à ceux résultant des constitutions nationales, constituent des précédents pertinents pour les cours constitutionnelles concernées. Pour résumer les conclusions de différents travaux sur ce thème, aucune

cour constitutionnelle nationale ne se considère comme juridiquement liée par l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme à propos de ces dispositions constitutionnelles nationales, mais toutes cherchent à éviter une confrontation avec la Cour de Strasbourg pour la bonne et simple raison que, au terme des solutions données par le juge national, si les requérants sont mécontents, il appartiendra au juge de Strasbourg, au regard des stipulations de la Convention, de porter le jugement définitif<sup>8</sup>.

Lorsque, dans son rapport annuel 2008, la Cour constitutionnelle belge évoque, à propos de son arrêt n° 154/2008 sur le procès équitable, qu'elle a d'abord analysé la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et ensuite jugé qu'un délai n'est pas déraisonnable, elle adopte une technique qui est très largement partagée par les autres juridictions<sup>9</sup>.

## B. Les droits politiques

Il convient ici de regrouper une série de jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme qui interviennent dans des domaines strictement constitutionnels et qui soulignent la manière dont la Cour de Strasbourg interprète les dispositions relatives à la démocratie politique.

À propos de l'article 3 du protocole n°1 relatif au droit à des élections libres, la Cour a, dans le très célèbre arrêt *Mattews* du 18 février 1999, jugé que les autorités britanniques avaient méconnu cette stipulation en empêchant les citoyens britanniques, résidant à Gibraltar, de voter pour les élections au Parlement européen<sup>10</sup>. Le raisonnement de la Cour consistait non seulement à juger, ce qui était devenu classique, que puisque Gibraltar était sous juridiction britannique la Convention s'appliquait et que par conséquent les citoyens britanniques devaient participer aux élections pour les corps législatifs, mais que, en raison de ses attributions, le Parlement européen pouvait être considéré comme un corps législatif pour l'ensemble des citoyens des pays membres de l'Union européenne.

Dans la mesure où aucune disposition du droit communautaire ne permettait au plaignant d'intenter une action devant la Cour de justice des Communautés européennes de Luxembourg, la Cour de Strasbourg a considéré qu'il lui appartenait de vérifier que, dans ce cas précis, les citoyens britanniques n'avaient pas été privés de leur droit à des élections libres.

---

<sup>8</sup> MAUS D., « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 80, 2009.

<sup>9</sup> Voir le site de la Cour.

<sup>10</sup> Affaire n° 24833/94.



D'autres jurisprudences relatives soit à l'obligation d'organiser des élections libres, soit à la définition des assemblées législatives, ont permis à la Cour de développer ces analyses en précisant en particulier que, dans les États fédéraux, la notion de corps législatif devait être interprétée en fonction du rôle des assemblées de chaque entité fédérée.

Dans l'arrêt *Sejdić et Finci c/ Bosnie Herzégovine* du 22 décembre 2009<sup>11</sup>, qui sera révoqué de manière plus substantielle, la Cour a fait jouer l'article 3 du protocole n° 1 et a affirmé le droit de se désintéresser et de se présenter aux élections pour la Chambre des peuples de la Bosnie-Herzégovine. À l'inverse, la Cour a jugé que la présidence de la Bosnie Herzégovine ne pouvait être considérée comme un corps législatif au sens de l'article 3 du protocole n° 1, ce qui ne veut pas dire pour autant que la Convention ait été respectée.

Dans le domaine des immunités parlementaires, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion, à travers de nombreuses décisions, de juger, d'une part, que l'existence des immunités parlementaires à partir du moment où elles pouvaient être levées n'était pas un obstacle à l'existence du procès équitable et, d'autre part, dans son arrêt *Kart c/ Turquie* du 3 décembre 2009<sup>12</sup>, que l'immunité parlementaire avait été instituée en vue de la protection et de l'indépendance des assemblées parlementaires et que, par conséquent, un parlementaire ne pouvait pas, quels qu'en soient les inconvénients, y renoncer de lui-même.

De manière encore plus significative, dans un récent arrêt du 2 février 2010, la Cour, dans une affaire *Klaus et Kialadze c/ Géorgie*, a jugé que l'article 1 du protocole n° 1 sur la garantie du droit de propriété avait été méconnu par la Géorgie au motif que son Parlement n'avait pas épuisé sa compétence en ce qui concerne les garanties du droit de propriété, et que donc il y avait eu une omission législative<sup>13</sup>.

Ces différentes jurisprudences montrent bien que le juge constitutionnel national n'a aucun monopole, ni pour ce qui concerne l'interprétation des droits fondamentaux traditionnels, ni pour ce qui concerne l'exercice par les citoyens ou les assemblées constitutionnelles de leur pouvoir. Il y a de la sorte une jurisprudence en développement de la Cour de Strasbourg à propos de ce qu'il est possible de dénommer « le droit constitutionnel institutionnel ».

---

<sup>11</sup> Affaires 27996/06 et 34836/06.

<sup>12</sup> Affaire 8917/05.

<sup>13</sup> Affaire 7975/06.

## § 2. L'absence d'immunité juridictionnelle du droit constitutionnel national

La Cour européenne des droits de l'homme n'accorde aucune immunité juridictionnelle au droit constitutionnel national. De manière assez identique à la jurisprudence développée depuis 1970 par la Cour de justice des Communautés européennes<sup>14</sup>, elle n'accorde aucun privilège particulier ni aux normes nationales, ni aux cours constitutionnelles nationales. Ceci résulte d'assez nombreuses décisions et se fonde avant tout sur la nécessité d'une mise en œuvre unique et cohérente des stipulations de la Convention. Si une jurisprudence des cours nationales primait sur celle de la Cour de Strasbourg et si les normes constitutionnelles nationales pouvaient déroger à la Convention, les effets utiles de cette dernière seraient sérieusement limités.

### A. La Cour européenne des droits de l'homme n'accorde aucun privilège aux juridictions constitutionnelles nationales

Comme le déclare le président de la Cour, Jean-Paul Costa, le 16 mai 2008: « Notre Cour ne s'estime pas liée par la décision de la Cour constitutionnelle nationale... la Cour de Strasbourg constitue un ultime recours quant à l'application de la Convention ».

Ceci a conduit la Cour européenne des droits de l'homme, dans un célèbre arrêt de 1993, à juger qu'il convenait de tenir compte, au titre du délai raisonnable des procédures, des délais mis en œuvre devant les cours constitutionnelles, que celles-ci interviennent à titre préjudiciel ou en fin de procédure. L'arrêt *Ruiz-Mateos c/Espagne* du 23 juin 1993, qui a donné lieu à de très nombreux commentaires, est d'une clarté limpide sur ce point<sup>15</sup>. Il rappelle que, depuis des arrêts de 1986, « une instance devant une cour constitutionnelle entre en ligne de compte pour calculer la période à examiner lorsque son résultat peut influencer sur l'issue du litige débattu devant les juridictions ordinaires ». C'est à cette occasion que la Cour juge que la procédure devant la cour constitutionnelle, qu'elle soit à titre préjudiciel ou à titre final, est à prendre en compte.

Cette jurisprudence peut expliquer, par exemple, que le législateur organique français, lorsqu'il a eu à mettre en œuvre la révision constitutionnelle de 2008 sur la question prioritaire de constitutionnalité, a pris soin d'enfermer les délais de manière très stricte. Lorsque la Cour de cassation ou le Conseil d'État est saisi d'une telle question par le juge du fond, la cour suprême considérée doit statuer dans un délai

<sup>14</sup> CJCE, 17 décembre 1970, *Handelsgesellschaft*, affaire 11/70; 9 mars 1978, *Simmenthal*, affaire 106/77.

<sup>15</sup> Affaire n° 12952/87.

de trois mois. De même, lorsque la question est transmise pour décision finale au Conseil constitutionnel, celui-ci dispose également d'un délai de trois mois.

Même si d'éminents auteurs ont tendance à considérer que la justice constitutionnelle est d'une nature différente de la justice ordinaire et qu'elle ne s'inscrit pas dans la fonction judiciaire traditionnelle au sens des trois pouvoirs de Montesquieu, la Cour de Strasbourg décide qu'au regard des intérêts des justiciables et des énonciations de l'article 6, § 1, de la Convention, il convient que ces procédures soient intégrées parmi la durée globale du procès.

Dans d'autres affaires, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à se prononcer sur l'applicabilité de l'article 6 de la Convention à des décisions prises par les cours constitutionnelles nationales. On trouve à la fois des arrêts constatant une violation de la Convention ou non respect, mais cette diversité est elle-même une illustration de l'applicabilité dudit article.

Dans l'arrêt *Sramek c/Autriche* du 22 octobre 1984<sup>16</sup>, la Cour a jugé, à l'inverse de la Cour constitutionnelle autrichienne, que l'autorité autrichienne chargée du contrôle des transactions foncières devait être considérée comme un tribunal et qu'au regard des stipulations de l'article 6 ce tribunal ne disposait pas de l'indépendance nécessaire.

Dans l'arrêt *Zielinski et Pradal c/France* du 28 octobre 1999<sup>17</sup>, la Cour de Strasbourg a jugé, contrairement à une décision du Conseil constitutionnel français<sup>18</sup>, que le caractère rétroactif d'une loi avait entraîné une violation de l'article 6 de la Convention et porté atteinte à l'équité du procès.

Dans le très célèbre arrêt *Caroline Von Hanover* du 24 juin 2004<sup>19</sup>, la Cour a également jugé, à l'inverse du Tribunal constitutionnel fédéral allemand, qu'il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention relative à la vie privée et que la notoriété de la plaignante ne suffisait pas à justifier l'intrusion dans sa vie privée.

À l'inverse, dans la décision également très célèbre *Leyla Sabin c/Turquie* du 10 novembre 2005<sup>20</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, comme la Cour constitutionnelle turque, que l'interdiction de porter le foulard à l'université avait une base légitime dans la Constitution turque et qu'elle ne constituait pas une atteinte disproportionnée à la liberté religieuse.

Dans l'arrêt *Von Maltzan c/Allemagne* du 2 mars 2005<sup>21</sup>, la Cour de Strasbourg a suivi le Tribunal constitutionnel allemand et repris ses raisonnements pour considérer que, dans des affaires de dédommagement de victimes d'expropriation

---

<sup>16</sup> Affaire 8790/79.

<sup>17</sup> Affaires 24846/94; 34165/96 à 34173/96.

<sup>18</sup> CC, 13 janvier 1994, n° 93-332 DC.

<sup>19</sup> Affaire 5920/00.

<sup>20</sup> Affaire 44774/98.

<sup>21</sup> Affaires 71916/01, 71917/01 et 10260/02.

après 1945, il n'y avait pas eu méconnaissance de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 sur le droit de propriété.

De même, dans l'arrêt *Thivet c/France* du 24 octobre 2000<sup>22</sup>, la Cour, à propos du remboursement des emprunts russes émis par le régime tsariste avant 1917, a repris le raisonnement, et même dans certains cas la rédaction, du Conseil constitutionnel français.

Il découle de ces quelques exemples, non exhaustifs, que même si les arrêts des cours constitutionnelles nationales ont, au regard de la Cour de Strasbourg, sans doute plus d'autorité que d'autres, ils ne sont pas à l'abri de la reconnaissance d'une violation des stipulations de la Convention.

### **B. La Cour européenne des droits de l'homme fait prévaloir la Convention sur les constitutions nationales**

Il est parfois difficile d'admettre que les dispositions des constitutions nationales puissent, en elles-mêmes, être écartées, au nom de leurs contradictions avec la Convention européenne des droits de l'homme. Telle est pourtant la jurisprudence très claire de la Cour de Strasbourg.

Dans l'arrêt *Open Door et Dublin Well Women c/Irlande* du 29 octobre 1992, à propos de la liberté d'information sur le droit à l'avortement, la Cour a jugé que, même si dans ce domaine très sensible la marge nationale d'appréciation est importante, les restrictions imposées aux requérantes en raison de la Constitution irlandaise et de la jurisprudence de la Cour suprême étaient disproportionnées par rapport aux objectifs poursuivis et qu'il y avait, par conséquent, violation de l'article 10 de la Convention européenne sur la liberté d'expression<sup>23</sup>.

De manière frontale, la Cour a été confrontée, à propos de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine, à un examen très précis d'une rupture du principe d'égalité, au détriment de certains citoyens de la Bosnie-Herzégovine n'appartenant à aucun des trois groupes nationaux qui constituent le fondement de l'accord politique conclu à Dayton en novembre 1995 et signé à Paris le 14 décembre.

Même si la Cour a examiné en détail la situation très particulière de la Constitution de la Bosnie Herzégovine, qui n'a pas été adoptée par une procédure nationale et qui constitue l'annexe à un accord international, elle a jugé<sup>24</sup> qu'à partir du moment où la Bosnie Herzégovine est devenue en 2002 membre du Conseil de l'Europe et a ratifié la Convention et ses protocoles, « l'État défendeur a librement

---

<sup>22</sup> Voir la communication de M.me le juge Françoise Tulkens, Conseil constitutionnel, 13 février 2009.

<sup>23</sup> Affaires 14234/88 et 14235/88.

<sup>24</sup> Décision *Sjdić et Finić c/Bosnie-Herzégovine*, 22 décembre 2009, Affaires n° 27996/06 et 34836/06.

accepté de respecter les standards pertinents ». En écartant de la possibilité d'être candidat à la Chambre des peuples de Bosnie Herzégovine ou à la présidence de Bosnie Herzégovine des citoyens n'appartenant ni au groupe serbe, ni au groupe bosniaque, ni au groupe croate, la Cour juge qu'il y a eu, selon les cas, violation de l'article 14 combiné avec l'article 3 du protocole n° 1, ou violation de l'article 1 du protocole n° 12.

Dans cette affaire, particulièrement significative et symbolique, la violation de la Convention ne réside pas dans l'interprétation qui est faite de dispositions constitutionnelles nationales par le juge national, y compris le juge constitutionnel, mais dans les dispositions elles-mêmes de la Constitution nationale. Il n'y a donc pas d'autre solution que de modifier la Constitution pour la rendre compatible avec la Convention.

De manière résumée, la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'à partir du moment où un État devient partie à la Convention, toutes les dispositions de son droit national, y compris celles incluses dans la constitution, doivent être compatibles avec la Convention ou écartées lorsqu'elles ne le sont pas. Cette jurisprudence, applicable à d'autres exemples que celui de la Bosnie Herzégovine ou à des révisions constitutionnelles à venir à propos de mesures restreignant les libertés fondamentales, n'est pas évidemment reçue avec enthousiasme par les juridictions nationales. *Mutatis mutandis*, toutes les juridictions nationales seront tentées de suivre la jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral allemand du 14 octobre 2004, qui continue à faire prévaloir la Constitution nationale sur la Convention: « Au niveau du droit constitutionnel, le texte de la Convention, tout comme la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, servent d'aide et d'interprétation pour la détermination du contenu, de la portée des droits fondamentaux et des principes de l'État de droit contenus dans la Loi fondamentale, dans la mesure où tout cela n'aboutit pas à une limitation ou à une diminution, ce que la Convention elle-même ne veut pas, de la protection des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale »<sup>25</sup>. Il n'existe pas, pour l'instant, de conflit ouvert entre une cour constitutionnelle nationale et la Cour européenne des droits de l'homme, mais il est parfaitement possible d'imaginer qu'une telle situation est susceptible de se produire.

### **Remarques finales**

Même si les précautions énoncées en introduction conduisent effectivement à considérer que la Cour européenne des droits de l'homme se différencie d'une cour constitutionnelle nationale, la pertinence de l'interrogation sur son caractère

---

<sup>25</sup> 2BvG, 14 octobre 2004, n° 1481/04.

de cour constitutionnelle supranationale est difficile à contourner. À partir du moment où la Cour européenne des droits de l'homme dispose d'un catalogue de droits fondamentaux dont le contenu ressemble à celui des catalogues nationaux, où elle apprécie si les décisions des cours constitutionnelles nationales respectent les stipulations de la Convention telles qu'elles sont interprétées par la Cour elle-même et qu'elle est à même de juger que des dispositions expresses d'une constitution nationale sont en contradiction avec la Convention, il est impossible de répondre autrement que de manière positive à la question qui encadre les présentes réflexions. Même s'il convient de tenir compte du dialogue des juges et de la volonté commune très explicite de la Cour européenne des droits de l'homme et des cours constitutionnelles nationales de favoriser des interprétations compatibles des droits fondamentaux, rien n'assure que cet effort sera toujours couronné de succès.

Remo Caponi\*

## CORTI EUROPEE E GIUDICATI CIVILI NAZIONALI\*

SOMMARIO: § 1. Oggetto dell'indagine – § 2. Prospettiva storica di lungo periodo – § 3. Modalità di incidenza delle sentenze delle due Corti europee – § 4. Casistica – § 5. Costruzione del parametro valutativo – § 6. La dottrina dell'efficacia del giudicato civile nel tempo – § 7. L'inserimento del giudicato nella dimensione costituzionale – § 8. Nozione di "incidenza" delle sentenze delle due Corti europee – § 9. Il rapporto tra diritto sostanziale e processo – § 10. L'intangibilità del giudicato – § 11. I suoi limiti – § 12. In particolare, i casi *Olimpiclub e Asturcom* – § 13. I rimedi contro l'arbitrario mancato rinvio alla Corte di giustizia – § 14. Conclusioni – § 15. Appendice: necessità di introdurre il ricorso individuale diretto alla Corte di giustizia

### § 1. Oggetto dell'indagine

Esamino la possibile incidenza degli effetti di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo e, con analisi distinta, ma parallela, della Corte

---

\* Remo Caponi, professore di Diritto processuale civile nell'Università di Firenze.

\* Il testo costituisce una sintesi aggiornata per il presente Convegno al maggio 2010, rispetto alla relazione « Corti europee e giudicati nazionali », presentata al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, « Corti europee e giudici nazionali », Verona, 25-26 settembre 2009, ora *apud* Astrid-on-line. Rispetto alla relazione veronese, gli aggiornamenti riguardano essenzialmente l'analisi del caso *Asturcom*, sopravvenuto nel mese di ottobre 2009, nonché lo studio della seguente letteratura uscita subito dopo (o di cui si è potuto prendere visione successivamente, quasi sempre grazie alla cortesia degli autori): CARBONE, V., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009*, Roma, 29 gennaio 2010; CONTI, R., *C'era una volta il giudicato*, in *Corr. giur.*, 2010, fascicolo n. 2; GALETTA, D. U., *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata)*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2009, fascicolo n. 4; GALETTA, D. U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009; PAGLIANTINI, S., *La vaghezza del principio di 'non vincolatività' delle clausole vessatorie secondo la Corte di giustizia: ultimo atto?*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010, fasc. n. 2; PAGLIANTINI, S., *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. priv.* 2009, fascicolo 3; RAIMONDI, L., *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in *Dir. Unione europea*, 2008/4, p. 773 ss.; RENZI, A., *L'evoluzione dei rapporti fra il diritto comunitario ed il principio di intangibilità del giudicato nazionale*, Tesi di dottorato di ricerca in *Tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche*, XXII ciclo, Università degli studi di Perugia, a. a. 2008/2009.

di giustizia delle Comunità europee, resa su rinvio pregiudiziale, sull'anteriore giudicato civile italiano.

Peraltro, il problema riguarda anche le pronunce della Corte internazionale di giustizia, che in questa sede devo rinunciare ad analizzare<sup>1</sup>.

## § 2. Prospettiva storica di lungo periodo

Il punto attuale dei rapporti tra pronunce delle corti europee e giudicati nazionali deve essere inquadrato in una prospettiva storica di lungo periodo.

La tradizione dell'epoca moderna ci ha consegnato l'immagine di una pronuncia giudiziale che, come *lex specialis*, conforma l'ordinamento statale nel caso concreto. In altri termini, la tradizione ci ha consegnato l'immagine di un giudicato che guarda l'ordinamento ad altezza d'occhio.

## § 3. Modalità di incidenza delle sentenze delle due Corti europee

Già entrata in crisi con il sovrapporsi della dimensione costituzionale nazionale e del controllo di costituzionalità al piano della legge ordinaria, l'idea del giudicato è chiamata, oggi più che in passato, a misurarsi con i piani della normatività internazionale e sovranazionale, il cui rispetto è affidato al controllo di corti giudiziarie.

Sono le due grandi Corti europee a lanciare alle decisioni interne le sfide più recenti e impegnative, pur secondo diverse modalità di incidenza:

a) la Corte europea dei diritti dell'uomo non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, attraverso l'impugnazione della decisione interna definitiva entro un periodo di sei mesi.

b) quanto all'incidenza su precedenti giudicati delle pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia, essa è subordinata a due condizioni:

1) l'instaurazione di un secondo processo relativo allo stesso oggetto del precedente giudicato, ovvero teso comunque a diminuire o a disconoscere l'autorità del giudicato;

2) la pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia, sollecitata nel secondo processo o in un altro processo successivo al giudicato, ove risulta l'« ingiustizia » comunitaria di quest'ultimo.

---

<sup>1</sup>Cfr. Cass., sez. un., 11 marzo 2004, n. 5044, *Ferrini c. Governo della Repubblica federale tedesca*.



#### § 4. Casistica

Conviene muovere dall'esame di alcuni casi concreti.

**A.** La società francese *Dangeville* presentava ricorso alla Corte di Strasburgo facendo valere la lesione dell'art. 1 del protocollo addizionale, relativo alla protezione della proprietà<sup>2</sup>, per il fatto di essere stata indebitamente assoggettata ad imposizione Iva per l'attività esercitata, nonostante l'esenzione esplicitamente prevista nella fattispecie da una direttiva comunitaria dotata di effetto diretto<sup>3</sup>.

Infatti l'amministrazione finanziaria francese, in assenza di una normativa interna di attuazione della direttiva comunitaria, aveva continuato ad ingiungere il pagamento dell'imposta. Con una serie di giudicati, anche del *Conseil d'État*, venivano rigettate le domande di restituzione dell'imposta pagata. Dinanzi alla Corte di Strasburgo la Francia difende la posizione del Consiglio di Stato, che aveva respinto la rinnovata domanda di restituzione richiamandosi ad un precedente giudicato di rigetto. La Corte europea si limita ad osservare laconicamente che con ciò il Consiglio di Stato ha privato il ricorrente dell'ultimo rimedio interno per far valere la violazione dell'art. 1 del primo protocollo addizionale.

Accertata così la violazione, la Corte europea quantifica la somma che l'amministrazione francese deve restituire, insieme agli interessi, alla società attrice. Indirettamente, ma incisivamente, la Corte di Strasburgo si assume il compito di sanzionare l'inosservanza del diritto comunitario da parte della amministrazione francese<sup>4</sup>.

**B.** Il professore universitario Gerhard *Köbler* chiede allo Stato austriaco che nel calcolo dell'indennità di anzianità di servizio vengano computati anche i suoi anni di servizio presso università di altri paesi membri dell'Unione europea<sup>5</sup>.

Passata in giudicato la sentenza della Corte suprema amministrativa che rigetta il suo ricorso contro il diniego dell'amministrazione, Köbler propone azione risarcitoria contro lo Stato austriaco dinanzi al Tribunale civile di Vienna, chiedendo il risarcimento dei danni discendenti dalla mancata o erronea applicazione delle norme comunitarie sulla libera circolazione dei lavoratori. Il tribunale rimette alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale se la giurisprudenza della Corte sulla responsabilità statale verso i singoli per violazione del diritto comunitario sia applicabile anche nel caso in cui l'atto lesivo sia costituito da una sentenza di un organo giurisdizionale di ultimo grado.

---

<sup>2</sup> Cfr. art. 1 - Protezione della proprietà: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

<sup>3</sup> Si tratta della direttiva n. 77/388 del Consiglio (c.d. sesta direttiva), adottata con il proposito di disciplinare in modo uniforme la base imponibile dell'Iva. L'art. 13 b a) esenta espressamente dalla imposta sul valore aggiunto l'attività di mediazione assicurativa, esercitata dalla società ricorrente.

<sup>4</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 aprile 2002, 366677/97, *Dangeville c. France*.

<sup>5</sup> Corte di giustizia, 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*, in Racc., p. 10239.

La risposta della Corte è affermativa. L'importanza del principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata – che la Corte coglie al fine di garantire la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, nonché una buona amministrazione della giustizia – non può essere contestata, ma ciò non si oppone al riconoscimento della responsabilità dello Stato per la decisione di un corte di ultimo grado. Un processo inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del processo che ha dato luogo al giudicato dannoso. Infatti, l'attore in tale giudizio risarcitorio ottiene, in caso di successo, la condanna dello Stato a risarcire il danno, ma non necessariamente la revisione del giudicato dannoso.

C. Gli uffici doganali olandesi avevano dapprima concesso alla società *Kühne & Heitz* determinati rimborsi all'esportazione in paesi terzi e poi ne avevano richiesto la restituzione sulla base di una certa interpretazione del diritto comunitario sfavorevole alla società, attinente ad una determinata classificazione della merce esportata nella tariffa doganale. L'azione contro l'ingiunzione di restituzione veniva respinta in ultima istanza dalla corte olandese, che confermava l'impostazione degli uffici doganali senza investire la Corte di giustizia con un quesito interpretativo.

Anni dopo, la Corte di giustizia in un altro caso adottava invece l'interpretazione favorevole alla concessione dei rimborsi all'esportazione per quella determinata categoria di merci. In conseguenza di ciò la *Kühne & Heitz* chiedeva la restituzione dei rimborsi e impugnava il nuovo provvedimento di rigetto dinanzi al giudice, che rimetteva alla Corte di giustizia la questione relativa al venire meno dell'efficacia di un atto amministrativo inoppugnabile nell'interesse di un'efficace e completa attuazione del diritto comunitario.

La Corte di giustizia afferma che il principio di cooperazione di cui all'art. 10 trattato CE (ora, art. 4, co. III, TUE Lisbona) impone alla pubblica amministrazione l'annullamento in autotutela di un provvedimento (sfavorevole al cittadino), adottato sulla base di una interpretazione del diritto comunitario successivamente smentita dalla Corte di giustizia.

In particolare, tale dovere sussiste in presenza di quattro condizioni (quelle che si erano presentate nella causa principale): in primo luogo, l'organo amministrativo deve disporre, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione (revoca, annullamento d'ufficio); in secondo luogo, la decisione amministrativa in questione deve essere divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; in terzo luogo, tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, deve risultare fondata su una interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, co. 3, trattato CE (ora, art. 267 TFUE); in quarto luogo, l'interessato deve essersi rivolto

all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza della Corte<sup>6</sup>.

Importanti precisazioni relative a due delle quattro condizioni derivano dalla recente decisione sul caso *Kempter*<sup>7</sup>.

In primo luogo, la Corte chiarisce che non è di ostacolo all'istanza di revoca della decisione amministrativa che il privato abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito dell'impugnazione giurisdizionale avverso la decisione amministrativa, poiché il giudice è tenuto a rilevare d'ufficio l'applicabilità del diritto comunitario.

In secondo luogo, la Corte chiarisce che il diritto comunitario non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva. Gli Stati membri rimangono tuttavia liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza.

D. Nel 1985, la *Lucchini* s.p.a. presenta al Ministero dell'industria una domanda di agevolazioni finanziarie, ai sensi della l. n. 183 del 1976, per l'ammodernamento di taluni impianti siderurgici. Poiché il contributo è accordato solo in parte, nel 1989 la società agisce in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma nei confronti del Ministero per l'accertamento del suo diritto all'erogazione dell'intero aiuto originariamente richiesto. Nel 1990, mentre il giudizio di primo grado era ancora pendente, la Commissione europea dichiara incompatibili con il mercato comune tutti i contributi previsti a favore della *Lucchini*, poiché ritiene non dimostrata, a cagione delle informazioni mancanti o lacunose da parte del Ministero dell'industria, la sussistenza di presupposti per derogare al divieto degli aiuti di Stato. La decisione della Commissione è notificata al Ministero e pubblicata nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. La *Lucchini* non impugna la decisione dinanzi alla Corte di giustizia. L'Avvocatura dello Stato, che difende in giudizio il Ministero dell'industria, non fa valere in giudizio la decisione della Commissione. Nel 1991 il Tribunale accoglie la domanda fondandosi esclusivamente sulla l. n. 183 del 1976. Nel 1994 la sentenza di primo grado è confermata in appello. Nel 1995 l'Avvocatura dello Stato comunica al Ministero che la sentenza d'appello è corretta e che quindi non ravvede l'opportunità di proporre ricorso per cassazione. Il 28 febbraio 1995 la sentenza passa in giudicato. Nel 1996, in esecuzione della sentenza, il Ministero corrisponde alla *Lucchini* oltre un miliardo e settecento milioni delle vecchie lire. Successivamente, su intimazione della Commissione europea, il Ministero revoca il provvedimento che accorda il contributo e ordina la restituzione. La *Lucchini* impugna il provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, che accoglie il ricorso in primo grado, fondandosi essenzialmente sul giudicato civile. In sede di appello, il Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali, chiedendole sostan-

---

<sup>6</sup> Corte di giustizia, 13 gennaio 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz*.

<sup>7</sup> Corte di giustizia, 12 febbraio 2008, C 2/06, *Kempter*.

zialmente di dirimere il conflitto tra la decisione della Commissione europea e il successivo giudicato civile italiano.

La Corte di giustizia risponde che il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale norma impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della commissione divenuta definitiva<sup>8</sup>. La decisione della Corte è motivata laconicamente. Il motivo portante sembra essere che « la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice comunitario »<sup>9</sup>.

Più incisive le conclusioni dell'avv. generale Geelhoed: il giudicato « scavalca anche la competenza esclusiva della Corte, retta dal diritto comunitario, di valutare l'aiuto controverso [...]. Si tratta di una controversia che, in prima istanza, deve essere risolta a livello di diritto comunitario e in cui la ripartizione di poteri tra l'ordinamento giuridico comunitario e quello nazionale [...] va rispettata molto rigorosamente [...]. Essenziale è il fatto che il giudice nazionale, nell'interpretazione del diritto interno, non può emettere sentenze che non tengono conto della fondamentale ripartizione di poteri tra la Comunità e gli Stati membri, sancita dai trattati. Ciò vale anche se siffatte sentenze hanno ottenuto autorità di cosa giudicata »<sup>10</sup>.

E. La *Olimpiclub* s.r.l. proprietaria di un complesso sportivo insistente su terreno demaniale cedeva nel 1985 in comodato l'uso del complesso sportivo ad una omonima associazione polisportiva, senza altri oneri che l'assunzione del canone demaniale, un rimborso spese annuo, nonché il trasferimento alla società di tutte le entrate lorde dell'associazione polisportiva (cioè le quote associative). Una verifica fiscale constatava una serie di irregolarità protrattesi per più anni nella corresponsione dell'IVA. Gli avvisi di rettifica che ne erano seguiti erano stati oggetto di più impugnazioni dinanzi alla commissione tributaria, alcune accolte con provvedimenti passati in giudicato. In un ulteriore processo di impugnazione ancora aperto e giunto dinanzi alla Corte di cassazione, quest'ultima sottopone alla Corte di giustizia il seguente quesito: se il diritto comunitario osti all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come quella di cui all'art. 2909 c.c., tesa a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, quando tale applicazione venga a consacrare un risultato contrastante con il diritto comunitario, frustrandone l'applicazione, anche in settori diversi da quello degli aiuti di Stato, e, segnatamente, in materia di IVA e

---

<sup>8</sup> Corte di giustizia delle Comunità europee, 18 luglio 2007, n. 119/05, *Min. ind. c. Soc. Lucchini*.

<sup>9</sup> Cfr. il n. 52 della motivazione, richiamato dal n. 62.

<sup>10</sup> Tra gli aspetti salienti, l'avvocato generale sottolinea che in nessuno dei precedenti in cui la Corte di giustizia ha riaffermato il principio dell'autorità di cosa giudicata, «era in discussione l'esercizio di una facoltà comunitaria in quanto tale».

di abuso di diritto posto in essere per conseguire indebiti risparmi d'imposta. Nel sottoporre il quesito la Corte suprema italiana precisa che, secondo il diritto vivente italiano, nelle controversie tributarie il giudicato esterno esplica efficacia vincolante anche se formatosi in relazione ad un diverso periodo d'imposta, qualora l'accertamento giudiziario concerna un punto fondamentale comune ad altre cause»<sup>11</sup>.

La Corte di giustizia risponde che il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 c.c., in una causa vertente sull'IVA concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta.

La decisione si fonda sulle seguenti considerazioni. Il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste importanza sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia. Il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione. Le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi. Esse non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

La Corte afferma che l'ampia l'interpretazione dell'art. 2909 c.c. presupposta dal provvedimento di rinvio urta contro il principio di effettività, senza poter essere ragionevolmente giustificata dal principio della certezza del diritto. Infatti una siffatta applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata avrebbe la conseguenza (inaccettabile) che, laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di Iva in contrasto con il diritto comunitario, tale scorretta applicazione si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza possibilità di correzione<sup>12</sup>.

F. Nel 2004 viene stipulato un contratto di abbonamento per la telefonia mobile tra la *Asturcom* e la sig.ra Rodríguez Nogueira. Il contratto contiene una clausola compromissoria per arbitrato amministrato. Poiché l'utente non salda alcune fatture e recede dal contratto prima dello scadere della durata minima, la *Asturcom* avvia il pro-

<sup>11</sup> Cass. 21 dicembre 2007, n. 26996, in *Giur. it.*, 2008, 1025, con nota di TESAURO, F.

<sup>12</sup> Corte di giustizia, 3 settembre 2009, C 2/08, *Olimpiclub*.

cedimento arbitrale e consegue condanna al pagamento di una somma di 669,60 Euro nei confronti della utente. Il lodo diviene immutabile per mancata impugnazione da parte della signora (non costituitasi nel processo arbitrale). Promossa l'esecuzione forzata, il giudice dell'esecuzione rimette alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale: se la tutela dei consumatori garantita dal diritto comunitario, cioè dalla direttiva 93/13, implichi che il giudice chiamato a pronunciarsi su una domanda di esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo, emesso in assenza del consumatore, rilevi d'ufficio la nullità della convenzione d'arbitrato e, di conseguenza, annulli il lodo, poiché la convenzione arbitrale contiene una clausola abusiva pregiudizievole per il consumatore. La Corte di giustizia risponde: la direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola.

### § 5. Costruzione del parametro valutativo

L'esame della casistica presentatasi dinanzi alle due Corti europee offre elementi per individuare e ricostruire il parametro valutativo.

Questa induzione del parametro valutativo dall'esame della situazione di fatto da valutare non deve sorprendere. Tra i tratti della situazione di fatto da valutare e i tratti del parametro valutativo vi è sempre un reciproco confronto ed influenzamento, come accade del resto nella attività di applicazione delle norme giuridiche ai casi della vita<sup>13</sup>.

Il parametro valutativo si articola in due elementi: a) la dottrina dell'efficacia del giudicato civile nel tempo; b) l'inserimento del giudicato nella dimensione costituzionale.

---

<sup>13</sup> Cfr. CAPONI, R., *Quanto sono normativi i fatti della vita: il rapporto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2009, pp. 159-174.

## § 6. La dottrina dell'efficacia del giudicato civile nel tempo

Il primo elemento è di carattere prevalentemente formale: una specie di involucro concettuale che consente di studiare contestualmente l'incidenza degli effetti delle pronunce delle corti europee sul giudicato civile nazionale.

La teoria dell'efficacia del giudicato civile nel tempo si occupa di coordinare i rapporti tra l'incontestabilità dell'accertamento giudiziale e l'incidenza di eventi sopravvenuti.

Il primo aspetto che discende da questa impostazione è che le pronunce delle due Corti europee producono un effetto giuridico sopravvenuto rispetto al giudicato.

L'effetto giuridico della pronuncia dell'una o dell'altra corte europea è sempre una regola concreta di condotta, che si indirizza allo Stato nel suo complesso, nel caso della Corte europea dei diritti dell'uomo (art. 46 CEDU, impegno dello Stato a conformarsi alle sentenze), o al giudice che ha effettuato il rinvio, nel caso della Corte di giustizia. Di tale regola di condotta deve essere valutata l'incidenza su un precedente giudicato.

Occorre distinguere tra efficacia vincolante rispetto al caso concreto che ha originato la pronuncia e l'efficacia persuasiva rispetto alle fattispecie simili.

Diversa è l'incidenza delle pronunce delle due Corti.

a) Dalla CEDU non discende l'obbligo di introdurre una ipotesi di riapertura dei processi all'esito di una pronuncia della Corte europea che abbia accertato una violazione della convenzione.

Al contrario, la previsione del potere della Corte di accordare al soggetto leso un'equa soddisfazione se il diritto interno dello Stato responsabile non permette se non in modo imperfetto di rimuoverne le conseguenze della violazione è espressione della volontà degli Stati contraenti di proteggere il proprio ordinamento giuridico interno, e in particolare i giudicati, dagli effetti delle pronunce della Corte di Strasburgo.

È però da osservare che in alcune occasioni, a partire dagli anni novanta la Corte si è spinta a suggerire il rimedio della riapertura del procedimento come il più adeguato, specialmente in caso di condanna penale emessa da una corte non indipendente e non imparziale.

b) Quanto alle pronunce pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia, quest'ultima si spinge peraltro molto in avanti nell'offrire al giudice nazionale, su sollecitazione di quest'ultimo, i criteri che gli consentano di valutare la compatibilità della prescrizione nazionale con il diritto comunitario.

Notevole è così l'impatto sui giudicati nazionali della decisione della Corte di giustizia. Essa pone un vincolo determinato nel suo contenuto e indirizzato al giudice del processo principale, del seguente tenore: « il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano ».

Apparentemente non sussistono margini di manovra per il giudice *a quo*, una volta creatasi l'occasione dell'apertura di un secondo processo, del rinvio pregiudiziale, nonché di una pronuncia così intonata. Nel caso concreto il giudicato cede.

La prospettiva dell'efficacia del giudicato civile nel tempo spinge peraltro a valorizzare i tratti comuni tra le pronunce delle due Corti.

In primo luogo, le pronunce scaturiscono dall'applicazione di un parametro normativo sovraordinato rispetto alla legge ordinaria. Si può parlare di un canone normativo di ordine giuridico-costituzionale, senza che la diversità tecnico-giuridica del modo di esplicarsi di questo carattere sovraordinato tra il diritto comunitario e la CEDU impedisca di svolgere un'analisi contestuale.

In secondo luogo, gli effetti delle pronunce delle due corti europee sono in senso lato « retrospettivi ». Parlo della retrospettività connaturata alla giurisdizione, come attività che si fa sempre interprete di una dimensione preesistente, secondo l'etimo della parola « giurisdizione » (*iurisdictio*).

Ne segue che, all'interno della teoria dell'efficacia del giudicato civile nel tempo, nella prospettiva di trovare indicazioni utili per il nostro tema, devono essere tenuti presenti in particolare il trattamento del giudicato dinanzi ad una successiva dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma su cui esso si basa.

A questa ipotesi si deve prestare particolare attenzione, perché essa presenta decisive somiglianze con quella oggetto della nostra attuale attenzione.

In entrambe abbiamo a che fare con successive pronunce di Corti giudiziarie che applicano un parametro decisivo di rango sovraordinato rispetto alla legge ordinaria e proiettano i loro effetti in via retrospettiva, poiché constatano un vizio originario del parametro decisivo impiegato dal giudice civile per risolvere la controversia.

La resistenza del giudicato civile, anche qualora esso si basi su una norma successivamente dichiarata incostituzionale, conferma espressamente il principio discendente da una tradizione giuridica plurimillenaria nei confronti di un fenomeno comparso nella scena giuridica solo di recente, ma di portata più rilevante rispetto alla introduzione di una pura e semplice norma ordinaria che ricollega nuovi effetti ad una fattispecie già giudicata.

L'intangibilità del giudicato, pur in conseguenza dell'esito positivo del sindacato di costituzionalità della norma applicata, significa resistenza di una decisione che pure si fonda su una norma riconosciuta *ex post* affetta dal vizio più grave.

## § 7. L'inserimento del giudicato nella dimensione costituzionale

Il secondo elemento, di carattere prevalentemente contenutistico, del parametro valutativo è il forte inserimento del giudicato nella dimensione del diritto e della giustizia costituzionale.



Come tradizionale presidio di stabilità dell'applicazione giudiziale della legge ordinaria, il giudicato è chiamato a confrontarsi con il moltiplicarsi dei piani di legalità: sopra a quello della legge ordinaria, si staglia prima di tutto quello della costituzione.

Il giudicato incontra il diritto costituzionale, nel momento in cui esso trova una garanzia costituzionale nei confronti degli interventi retroattivi del legislatore, attraverso il principio della certezza del diritto come componente dello Stato di diritto.

Non vi è dubbio che l'intonazione della protezione che lo Stato di diritto offre al giudicato sia soggettiva: campeggia la tutela dell'affidamento delle parti sul risultato del processo.

Né ciò deve sorprendere: il giudicato non serve alla ragion di Stato. Il giudicato si è correlato solo ad un certo punto della sua storia con le funzioni dello Stato moderno che hanno espresso storicamente la sua sovranità. La correlazione è frutto di una contingenza storica, una lunga contingenza, ma pur sempre una contingenza.

Il giudicato è connaturato alla funzione pratica e sociale dell'atto di composizione della lite e tutela in primo luogo ed essenzialmente l'interesse individuale e concreto della parte che ha vinto il processo: il chiovendiano bene della vita.

Come le altre garanzie costituzionali, la protezione del giudicato civile nei confronti della sopravvenienza di effetti retroattivi o retrospettivi non è una monade, ma è esposta anche nell'esperienza giuridica italiana al confronto e al bilanciamento con altri valori costituzionali. In certi casi eccezionali, il legislatore ordinario deve poter assicurare l'uniformità di trattamento per tutte le fattispecie del passato che rientrano astrattamente nell'area dello *ius superveniens* retroattivo, indipendentemente dalla circostanza che talune di esse siano state oggetto di una sentenza passata in giudicato.

Ciò può accadere fondamentalmente in due ipotesi:

a) in quei rari casi in cui i valori giuridici introdotti dalla nuova legislazione siano così meritevoli di affermazione da prevalere sulla tutela dell'affidamento delle parti sull'intangibilità del risultato del precedente processo. Si può citare come esempio la normativa che, nel corso degli anni, ha facilitato il riconoscimento dello *status* di filiazione.

b) in quei casi in cui non si ponga un problema di tutela dell'affidamento delle parti, pur dinanzi ad un giudicato. Esempio: il rapporto oggetto della sentenza passata in giudicato corre tra un privato e lo Stato, o una pubblica amministrazione, o insomma un organismo di diritto pubblico che ha agito in posizione di supremazia per la cura concreta di un interesse pubblico. Sopravviene uno *ius superveniens* retroattivo che dispone, in riferimento alle fattispecie quali quella giudicata, un effetto più favorevole al privato di quello disposto dalla norma giuridica previgente a base del giudicato.

Dobbiamo mantenere fermo il giudicato anche in questo caso? Istintivamente avvertiamo l'opportunità di sottrarre questa situazione all'intangibilità del giudicato.

Perché? Le motivazioni tradizionalmente addotte a sostegno del principio di irretroattività non valgono a proposito dell'intervento della legge più favorevole, purché essa « sia veramente tale e tale soltanto » (Rolando Quadri). In effetti, siamo portati a pensare che la tutela dell'affidamento è a vantaggio del soggetto privato nei confronti dell'attività dei pubblici poteri e non viceversa. È un elemento di garanzia che si colloca nella prospettiva liberale classica: libertà da interventi dei pubblici poteri che vengano *contra factum proprium* e scuotano la ragionevole aspettativa dei privati circa la coerenza dell'azione dei pubblici poteri in un determinato arco temporale.

Il giudicato confronta e si scontra con il diritto costituzionale, laddove il rispetto di quest'ultimo è presidiato da una Corte costituzionale che può pronunciare l'incostituzionalità di una legge, determinandone la perdita di efficacia *erga omnes ed ex tunc*.

Se la legge che il giudice ha applicato nel risolvere la controversia è successivamente dichiarata incostituzionale, che dovrà accadere del giudicato? Il cedimento del giudicato penale, nonché la sofferta riaffermazione dell'intangibilità del giudicato civile e amministrativo, sono una testimonianza eloquente della gravità della crisi.

Ma soprattutto il giudicato si scontra con la giustizia costituzionale, quando essa viola un diritto fondamentale dell'individuo ed è possibile far valere la violazione impugnando la sentenza passata in giudicato davanti alla Corte costituzionale entro un termine breve, grazie alla presenza del ricorso individuale di costituzionalità (*Verfassungsbeschwerde*).

A mio giudizio, la mancanza del ricorso individuale di costituzionalità determina una lacuna di tutela specifica (demolitoria) contro le lesioni dei diritti fondamentali ad opera di sentenze passate in giudicato.

L'esperienza pratica ha però presentato alla nostra attenzione una notevole ipotesi di tutela specifica contro il giudicato incostituzionale e di conseguente annullamento di quest'ultimo da parte della Corte costituzionale, su ricorso che deve essere proposto entro il termine di sessanta giorni. Questa ipotesi costituisce in un certo senso il *pendant* dell'annullamento del giudicato per violazione di un diritto fondamentale dell'individuo, poiché integra un caso di protezione della sfera fondamentale di un organo costituzionale dagli effetti lesivi di un giudicato incostituzionale. Si tratta della sfera di attribuzioni di un organo costituzionale. Il caso – in cui la Corte di cassazione aveva disapplicato una legge regionale – si è presentato all'esame della Corte costituzionale in sede di conflitto intersoggettivo tra poteri dello Stato (Corte cost. n. 285 del 1990).

## § 8. Nozione di « incidenza » delle sentenze delle due Corti europee

È in questa linea che nasce dal passato e prosegue nel futuro che deve essere inserito il punto attuale dei rapporti tra Corti europee e giudicati nazionali.

Il primo elemento da ricostruire è la nozione di « incidenza » degli effetti giuridici di una successiva pronuncia di una delle due Corti europee sull'antecedente giudicato civile.

Fra le occasioni eclatanti che hanno sollecitato a riflettere sul tema dei rapporti tra corti europee e giudicati nazionali vi è la sentenza *Lucchini* della Corte di giustizia. Un soggetto privato consegue dal giudice civile con una sentenza passata in giudicato la condanna dello Stato italiano al pagamento di un contributo finanziario. La Corte di giustizia statuisce – in sostanza – che lo Stato ingiunga al privato la restituzione del contributo, in quanto contrario alla normativa comunitaria sul divieto degli aiuti di Stato.

In questo caso è chiara l'incidenza: è la contraddittorietà pratica, il contrasto tra due precetti giudiziali, quello scaturente dal giudicato nazionale e quello discendente dalla sentenza della Corte di giustizia. Un'antinomia che si risolve nel senso che il precetto della Corte di giustizia avvia un meccanismo che culmina in una invalidazione e conseguente perdita di efficacia del giudicato precedente.

Ma la crisi del giudicato civile non scoppia solo con la sentenza *Lucchini*. La crisi deve essere colta già come indietreggiamento rispetto all'idea del giudicato che conforma l'ordinamento nel caso concreto e rende improponibile la domanda circa l'ingiustizia della sentenza.

La negazione della rilevanza giuridica della sentenza ingiusta, o quanto meno la negazione che l'eventuale divergenza tra l'accertamento giudiziale e la situazione sostanziale anteriore possa produrre effetti giuridici è il dato dogmatico fondamentale della teoria del giudicato.

Ripensiamo alla dottrina classica tedesca, in cui è scoppiata l'accesa polemica tra teoria processuale e teoria sostanziale del giudicato.

Si crearono fronti contrapposti, ma su di un punto erano tutti fondamentalmente d'accordo: *Rechtskraft ist eben Rechtskraft*. Il giudicato è per l'appunto il giudicato. Oltretutto nella lingua tedesca il termine *Rechtskraft* (« forza del diritto », « vigore giuridico ») esprime plasticamente l'idea che il giudicato guarda l'ordinamento giuridico ad altezza d'occhio e costituisce la quintessenza dell'attuarsi dell'ordinamento nel caso concreto.

Come può tollerare una parola come *Rechtskraft* di avere accanto a sé, come aggettivo, un qualcosa come « ingiusto », « illecito » o « illegittimo », in modo tale che essa si rovesci nel suo contrario?

Se questo è vero, allora il giudicato è toccato nel suo valore di accertamento, sebbene non ancora nel suo contenuto precettivo, dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo quando accerta che un giudicato nazionale costituisce una

violazione della CEDU, ed ancora di più è toccato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, quando afferma – nella causa *Köbler* – che una sentenza passata in giudicato, proprio perché rimane ferma nel suo contenuto precettivo, è fonte di un danno ingiusto che legittima il soggetto privato ad agire contro lo Stato per il risarcimento del danno.

La Corte di giustizia ritiene che l'autorità di cosa giudicata non sia contestata, se il contenuto precettivo della sentenza diventa fonte di un danno ingiusto risarcibile. Quindi essa restringe l'essenza del giudicato (e la sua salvaguardia) al comando.

Questa restrizione è in realtà il primo passo dell'incidenza sui giudicati nazionali delle pronunce della Corte di giustizia. Secondo la concezione classica, il giudicato è l'efficacia di accertamento della sentenza.

Se il giudicato è l'efficacia dichiarativa della sentenza e la sua autorità si ricollega all'accertamento, che cosa rimane del valore giuridico del giudicato, se esso è degradato al rango di un qualsiasi fatto illecito fonte di un'obbligazione risarcitoria?

Beninteso: mi limito a descrivere il fenomeno, senza assoggettarlo ad un giudizio di valore. Al contrario. Incassato e assimilato questo affondo teorico che fa colare a picco l'immagine tradizionale del giudicato, il giurista appena un poco legato ai vecchi miti, accoglie quasi con irritazione che poi, dal punto di vista pratico, per una sorta di contrappasso, sia negato al prof. Gerhard Köbler, noto a livello internazionale per i suoi studi di storia e di linguistica giuridica, compiuti anche grazie ai soggiorni in altri paesi della Unione europea, di computare nella indennità di anzianità gli anni di servizio trascorsi all'estero.

Un comando nudo, svilito e privato del fondamento dell'accertamento, privato della sua qualità di essere dichiarazione del diritto preesistente, anzi assoggettato ad un giudizio di disvalore. Un comando che protegge ingiustamente una pubblica amministrazione contro la legittima pretesa di un suo dipendente: è questo il risultato che vogliamo vedere protetto dalla garanzia costituzionale dell'autorità di cosa giudicata? È veramente questo ciò che vogliamo coprire sotto il mantello della certezza del diritto? Ma non si è sempre detto che uno dei pilastri dello Stato di diritto e della certezza del diritto che da esso discende – oltre all'aspetto della separazione dei poteri dello Stato – è la protezione dei diritti dell'individuo nei confronti di un esercizio arbitrario dei pubblici poteri?

In sintesi, l'« incidenza » degli effetti delle pronunce delle Corti europee sul giudicato civile anteriore presenta due varianti fondamentali.

Una incidenza più grave è il conflitto pratico, nel senso che il precetto scaturito dalla pronuncia di una Corte europea mette in moto un meccanismo che culmina in una invalidazione e conseguente perdita di efficacia del giudicato precedente. Si tratta di un'antinomia in cui il giudicato viene toccato sia nel suo valore di accertamento, che nel suo profilo di comando (caso *Lucchini*).

Una incidenza meno grave dal punto di vista pratico, ma non meno profonda della prima dal punto di vista logico, è il conflitto (solo) di valore, in cui l'effetto

della pronuncia della Corte europea è compatibile sul piano pratico con l'effetto del giudicato (non si mette in moto necessariamente un procedimento che culmina in una invalidazione e conseguente perdita di efficacia del giudicato precedente), ma il valore di quest'ultimo come dichiarazione del diritto è degradato e rovesciato nel suo contrario (caso *Köbler*).

### § 9. Il rapporto tra diritto sostanziale e processo

Snodo fondamentale è – come sempre – il rapporto tra diritto sostanziale e processo.

In questo caso si tratta del rapporto tra il diritto sostanziale applicato dalle due corti europee, cioè rispettivamente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo per la Corte di Strasburgo e il diritto comunitario per la Corte del Lussemburgo, da un lato, e, dall'altro lato, il processo giurisdizionale nazionale che ha prodotto il giudicato.

Il parallelo tra i due diritti sostanziali e le due corti si rivela utile, anche per mettere a fuoco le differenze. Più incisivi si rivelano gli effetti della pronuncia della Corte di giustizia perché più incisivo è il diritto sostanziale che ci sta dietro, così come costruito attraverso il cammino costituzionale della stessa Corte di giustizia.

Campeggia un obiettivo fondamentale: la piena efficacia pratica del diritto dell'Unione europea (*effet utile*). Per conseguire questo obiettivo la Corte procede ad erodere l'autonomia processuale degli Stati membri. I processi giurisdizionali nazionali sono strumenti di attuazione del diritto comunitario in senso oggettivo.

Rispetto a questo processo, una difesa che si attesti sul fronte dell'autonomia del processo è antistorica

In realtà, un sistema processuale o è autonomo oppure è strumentale rispetto al diritto sostanziale che chiede di essere attuato nel processo. Quindi il processo, se è veramente tale, non può che essere solo strumentale.

L'autonomia del diritto processuale civile si riduce alla disciplina procedurale: competenza del giudice, forme procedurali, termini, ecc. Il processo è disciplina di forme e di termini, come scrivevano i nostri antichi, come non ha mai negato lo stesso Savigny, nello stesso momento in cui affermava che il diritto d'azione era lo stesso diritto soggettivo sostanziale che reclamava protezione dalla ferita della violazione.

Il discorso fundamentalmente non cambia tra diritto sostanziale comunitario e diritto processuale degli Stati membri. Anzi, nella giurisprudenza della Corte di giustizia questo aspetto si profila particolarmente bene: quanto più essa si incammina nella direzione tesa ad assicurare l'effettività del diritto sostanziale (comunitario), tanto più essa riduce l'autonomia dei diritti processuali nazionali a disciplina di

competenze, di forme procedurali, di limiti temporali. È inevitabile ed è corretto che sia così.

Se questo è vero, allora il conflitto tra il giudicato nazionale e le pronunce della Corte di giustizia non è il conflitto tra l'autonomia degli ordinamenti processuali nazionali e l'effettività del diritto comunitario.

Se mettiamo il problema in questi termini, non c'è gara: abbiamo già dato implicitamente la risposta a favore dell'effettività del diritto comunitario.

Il valore dell'autonomia dei diritti processuali nazionali è stato già ridotto ai minimi termini e l'abbattimento del giudicato contrastante con il diritto comunitario, pur temperato da declamazioni in senso contrario e calibrature sul caso concreto, è solo un passo ulteriore in una direzione già ampiamente tracciata, e non da ieri, ma da *Costa v. Enel*.

Il giudicato non può resistere dinanzi all'urto del diritto comunitario se lo si ricostruisce puramente e semplicemente come istituto di diritto processuale.

In realtà, la partita deve essere giocata su di un altro terreno.

Il conflitto tra il giudicato nazionale e le pronunce della Corte di giustizia è il conflitto tra due diverse strumentalità del processo civile e, alla fine, tra due diversi diritti sostanziali: la *lex specialis* concretizzata nel giudicato, a protezione dell'interesse individuale del soggetto privato che ha vinto il processo, e l'*effet utile* del diritto comunitario.

Solo se si imposta il conflitto in questi termini, il giudicato può resistere all'urto del diritto comunitario.

Occorre giocare fino in fondo la partita che contrappone i due poli costitutivi della nozione di Stato di diritto.

Stato di diritto significa certamente e sempre (non solo nel diritto dell'Unione europea), da un lato, effetto utile: signoria piena, efficace, utile del potere esercitato in forma giuridica. Tuttavia Stato di diritto significa anche limite imposto dal diritto al potere.

Il giudicato rientra fra questi limiti che il diritto impone al potere: al potere delle parti, al potere del giudice, al potere dei terzi, al potere del legislatore, al potere della Corte costituzionale che dichiara l'incostituzionalità della norma sulla base del quale il giudice.

## § 10. L'intangibilità del giudicato

Il problema subisce a questo punto una nuova formulazione: vi sono ragioni sufficienti affinché questo limite che il diritto impone al potere non valga come limite agli effetti della pronuncia della Corte del Lussemburgo che constata successivamente che la *lex specialis* in esso contenuta contrasti con il diritto dell'Unione europea?

Tutto il senso del mio studio, tutti i risultati intermedi che ho conseguito, l'intero parametro che si è cercato di elaborare per valutare ciò che deve accadere secondo diritto nei casi di incidenza degli effetti di una pronuncia di una delle due corti europee su di un anteriore giudicato civile emanato nell'ordinamento italiano inducono a dare una risposta negativa a questa domanda.

### § 11. I suoi limiti

Resistenza sì, ma entro quali limiti? Entro i limiti che ci vengono dall'esperienza del passato.

Tradizionale è l'idea del giudicato come definitiva manifestazione della volontà concreta della legge statale. Il sovrapporsi a quello nazionale dei piani di normatività internazionale e sovranazionale, affidati al controllo di corti giudiziarie, impone di inserire il giudicato in questa nuova dimensione, ma la tensione si compone entro linee che vengono dal passato e individuano una prospettiva anche per il futuro.

Gli esiti dell'indagine sono, dopo tutto, tranquillizzanti: niente sconvolgimenti rispetto al passato, almeno rispetto a quel passato recente che ha visto l'ingresso della dimensione costituzionale, ma certamente un notevole sviluppo di quelle linee anteriori.

Anzi, sotto certi aspetti la dimensione internazionale e sovranazionale è comprensibilmente ancora arretrata rispetto alle migliori soluzioni cui sono pervenuti gli ordinamenti nazionali. Valgano due esempi.

In primo luogo, l'impatto della pronuncia della Corte di Strasburgo sul giudicato civile anteriore è inferiore rispetto a quello che deve essere, secondo lo standard che è proprio di un ordinamento a costituzione rigida, protettivo dei diritti fondamentali dell'individuo, in cui gli atti dei pubblici poteri (ivi compresi quelli dei giudici comuni) sono sottoposti ad un controllo di costituzionalità *ex post* da parte di una Corte costituzionale. È il modello della *Verfassungsbeschwerde* tedesca, che ci avverte della presenza di una lacuna nell'ordinamento italiano.

In secondo luogo, attende ancora di presentarsi dinanzi alla Corte di giustizia il caso dell'accordo delle parti consapevolmente e volontariamente diretto – attraverso il giudicato – ad evitare l'applicazione del diritto comunitario nella fattispecie. Anche questa variante di cedimento del giudicato non sarebbe una novità, ma si inserirebbe in una lunga tradizione storica diretta a colpire la collusione delle parti in danno di terzi (art. 404, co. 2 c.pr.c.) o in frode alla legge (art. 397, n. 2 c.pr.c.).

Per il resto, niente di completamente nuovo sotto il sole.

Non è nuova, nemmeno nell'ordinamento italiano, l'esigenza di proteggere la sfera di diritti e di attribuzioni degli individui e degli organi costituzionali dagli ef-

fetti lesivi di un giudicato incostituzionale, attraverso l'impugnazione di quest'ultimo da proporre entro un termine perentorio ragionevolmente breve (*Lucchini*).

Si tratta in sostanza della soluzione di un conflitto di attribuzioni.

Si pone il problema di come attuare processualmente le disposizioni contenute nella sentenza *Lucchini*. La legittimazione ad agire in giudizio spetta al governo, attraverso il dicastero competente per materia, sotto pena altrimenti di essere destinatario di azione di infrazione del trattato dinanzi alla Corte di giustizia. Competente è l'ufficio giudiziario che ha emanato la decisione passata in giudicato. Il processo deve ispirarsi ai principi dell'equivalenza e dell'effettività e quindi seguire il modello di un giudizio revocatorio.

L'aspetto più delicato è la previsione del termine di decadenza, che naturalmente vi deve essere per chiudere la vicenda. *De iure condito*, ricostruita la fattispecie come un conflitto di attribuzioni tra istituzioni comunitarie e giudice nazionale, si dischiude la possibilità di applicare in via analogica l'art. 39, co. 2 della l. n. 87 del 1953, relativa al conflitto di attribuzioni: sessanta giorni a decorrere dal passaggio in giudicato. Così si evita la necessità di introdurre un motivo di revocazione straordinaria *ad hoc*.

Non è nuova l'idea che il giudicato ceda quando sopravvengano effetti retroattivi più favorevoli al soggetto privato di quelli conseguiti con il precedente giudicato nei confronti di un organismo di diritto pubblico (*Kühne & Heitz*).

## § 12. In particolare, i casi *Olimpiclub* e *Asturcom*

In tutti gli altri casi diversi da quelli appena elencati, vale il principio della intangibilità del giudicato, che è fondamentalmente confermato dagli orientamenti della Corte di giustizia, sia nel caso *Olimpiclub*, che nel caso *Asturcom*.

In relazione al caso *Olimpiclub*, si registra solo una restrizione dei limiti oggettivi del giudicato. In altri termini, la Corte limita l'autorità di cosa giudicata in funzione dell'effetto utile del diritto comunitario, rimodulando la proiezione oggettiva del giudicato sulle situazioni sostanziali ad effetti durevoli accertate in giudizio. Non si tratta tuttavia di un drammatico cedimento.

Possiamo apprezzare a questo punto nel suo impatto pratico la qualificazione della pronuncia interpretativa della Corte di giustizia come un atto che produce un effetto sopravvenuto retroattivo paragonabile a quello di una norma interpretativa. Il dialogo giurisprudenziale consentito dall'art. 234 trattato CE consente al giudice *a quo* di mettere in moto quel processo che può condurre ad un effetto sopravvenuto rilevante, se la Corte di giustizia accerta l'erroneità dell'interpretazione del diritto comunitario posta a base del precedente accertamento giudiziale. Questo è accaduto nel caso *Olimpiclub*. In sostanza abbiamo a che fare con un giudicato limitato oggettiva-



mente al punto di diritto che soggiace alla sopravvenienza della pronuncia interpretativa della Corte di giustizia.

Stante l'efficacia di precedente persuasivo della pronuncia della Corte di giustizia, nelle fattispecie simili a quella che ha originato il rinvio essa ha l'effetto pratico di rimodulare la proiezione temporale dell'accertamento, lasciandolo sempre esposto, con riferimento ai periodi di imposta diversi da quelli accertati, all'eccezione di una *quaestio iuris* già deducibile nel corso del primo giudizio: la mancata o erronea applicazione del diritto comunitario.

Ciò ha costretto la Corte di cassazione italiana a ritornare alla vecchia teoria della « frammentazione » dei giudicati in relazione ai diversi periodi di imposta (Cass. 25 novembre 2009, n. 24784).

In relazione al caso *Asturcom*, è stata rivolta alla Corte di giustizia la seguente domanda: può il giudice adito per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale divenuto definitivo rilevare d'ufficio la vessatorietà? La Corte di giustizia risponde: lo deve fare se la disciplina nazionale lo autorizza a fare ciò in casi analoghi.

Nell'ordinamento spagnolo, da cui il caso trae origine, il giudice dell'esecuzione forzata ha il potere/dovere di rilevare d'ufficio la violazione di una norma di ordine di ordine pubblico (come questa) non fatta valere precedentemente<sup>14</sup>.

Quindi, *nihil sub sole novi* per l'ordinamento spagnolo, ma – si direbbe – niente di nuovo sotto il sole nemmeno per l'ordinamento italiano, poiché in questo caso sembra reggere il limite dell'autonomia procedurale (« qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna »). Nell'ordinamento italiano il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile copre anche il mancato rilievo dell'inservanza di norme di ordine pubblico.

---

<sup>14</sup> La Corte di giustizia applica quindi il criterio dell'equivalenza. Esso esige che le condizioni imposte dal diritto nazionale per applicare d'ufficio una norma di diritto comunitario non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano l'applicazione d'ufficio delle norme di pari rango del diritto nazionale. Decisivo è il paragrafo 55 (più che il precedente 54): « Orbene, per quel che riguarda la causa principale, secondo il governo spagnolo, il giudice dell'esecuzione di un lodo arbitrale divenuto definitivo è competente a valutare d'ufficio la nullità di una clausola compromissoria, contenuta in un contratto stipulato tra un consumatore e un professionista, per essere tale clausola contraria alle norme nazionali di ordine pubblico. Il corsivo è nostro per sottolineare che la Corte allude ad una situazione soggettiva di « competenza » (nel senso precisato, in sede di teoria generale, da ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994, p. 211), cioè non ad una mera facoltà discrezionale (che sarebbe sorprendente in capo al giudice in questo caso, trattandosi di attribuire rilevanza alla contrarietà della clausola all'ordine pubblico), bensì ad un potere di cui è obbligatorio l'esercizio, una volta constatata la sussistenza dei fatti costitutivi di quest'ultimo. Diversamente orientato sul punto è CONTI, R., *C'era una volta il giudicato*, in *Corr. giur.*, 2010, fasc. n. 2, che parla di un « principio della facoltatività della rilevanza della nullità del lodo per contrasto con le norme di ordine pubblico prevista nell'ordinamento spagnolo ».

### § 13. I rimedi contro l'arbitrario mancato rinvio alla Corte di giustizia

In relazione all'incidenza della pronuncia della Corte di giustizia, il problema deriva quasi sempre dal mancato rinvio pregiudiziale nel processo che si è chiuso con la sentenza passata in giudicato.

Esso si interseca con il tema delle conseguenze dell'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale. Nel panorama comparatistico si confrontano due soluzioni<sup>15</sup>.

La prima fa leva sulla tutela risarcitoria del cittadino nei confronti dello Stato-giudice, sulla scorta della concretizzazione che la linea avviata con la sentenza *Franovich* della Corte di giustizia (C-6/90, C-9/90, Racc. 1991, 5357) ha ricevuto nel caso *Köbler* (Corte giust. 30 settembre 2003, C-224/01) e poi nel caso *Tragbetti del Mediterraneo* (C-173/03, Racc. 2006, 5177). Ciò presuppone che ricorrano i presupposti elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. in particolare il caso *Brasserie du Pecheur/Factortame*, C-46/93 e C-48/93, 1996, 1-1029) ovvero una norma preordinata ad attribuire diritti ai singoli, una lesione sufficientemente qualificata e il nesso di causalità tra la lesione e il verificarsi del danno.

La seconda soluzione fa leva su di una forma di tutela in forma « specifica », che conduce all'impugnazione del giudicato dinanzi alla Corte costituzionale attraverso il ricorso diretto di costituzionalità, facendo valere la violazione della garanzia costituzionale del giudice naturale, qual è la Corte di giustizia in riferimento all'interpretazione del diritto dell'Unione europea. È questa la soluzione dell'ordinamento tedesco<sup>16</sup>.

### § 14. Conclusioni

La tradizione dell'epoca moderna ci ha consegnato l'immagine di una pronuncia giudiziale che, come *lex specialis*, conforma l'ordinamento nel caso concreto. In altri termini, la tradizione ci ha consegnato l'immagine di un giudicato che guarda l'ordinamento ad altezza d'occhio: *sententia facit ius*.

Questa idea è rafforzata e trova in un certo senso un coronamento nelle teorie che nel secolo XX hanno risolto l'intero ordinamento giuridico nella giurisdizione.

Si ricordi in Germania il pensiero di Julius Binder, in Italia quello di Alessandro Pekelis e Salvatore Satta: l'unica realtà giuridica è il concreto; il concreto si determina solo nel processo.

Peraltro, l'autorità del giudicato ha sempre conosciuto delle eccezioni, attraverso i mezzi di impugnazione straordinari.

<sup>15</sup> Cfr. CARBONE, V., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009*, Roma, 29 gennaio 2010, p. 31.

<sup>16</sup> Su questa soluzione, v. la sintesi nel volume appena uscito di HESS, B., *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg, 2010, p. 650.

Il giudicato si inserisce poi nella dimensione temporale. Un'idea presente fin dall'inizio della riflessione, ma rimasta per lungo tempo – per così dire – « sotto traccia »: una prospettiva tutto sommato marginale, quasi un'appendice della teoria del giudicato.

È quasi banale osservare che la stabilità della decisione giurisdizionale della controversia è chiamata a misurarsi con gli eventi sopravvenuti, ma quella lunga e paziente « marcia sul posto » dei problemi fondamentali che è l'attività di ricerca legge in quella osservazione una prospettiva feconda.

Dietro all'idea di un giudicato che non può fraporsi al divenire dell'ordinamento, c'è già il ridimensionamento della iperbole del giudicato che guarda l'ordinamento ad altezza d'occhio, c'è la scoperta o la riscoperta di ciò che è naturale: l'ordinamento o gli ordinamenti, in cui il giudicato si inserisce ed entra in circolazione, possono conformare e dimensionare quest'ultimo, molto più di quanto il singolo ordinamento sia conformato dai giudicati che si producono al suo interno.

In estrema sintesi, le nuove prospettive sul giudicato non ce lo svelano come debole, ma solo riproporzionato, dimensionato dalla realtà che gli sta accanto.

### **§ 15. Appendice: necessità di introdurre il ricorso individuale diretto alla Corte di giustizia**

Se poi un giorno la Corte di giustizia dovesse rovesciare il principio e ritenere che il giudicato non possa frapporre un limite all'effetto utile del diritto comunitario, allora occorrerebbe introdurre una *europäische Verfassungsbeschwerde*, un ricorso diretto alla Corte di giustizia da proporre entro un termine breve contro i giudicati nazionali contrastanti con il diritto comunitario. Il pieno rispetto di un ordinamento improntato a rigidità della norma sovraordinata (sebbene si tratti di un « primato applicativo » come nel caso del diritto dell'Unione europea) e affidato al controllo di una unica corte centrale impone infatti quasi per necessità logica di assoggettare a tale controllo di costituzionalità in via diretta e principale (non solo in via incidentale) i concreti atti di esercizio di tutti i poteri pubblici sottordinati (compresi quindi i giudicati degli Stati membri).



**Giampaolo Gerbasi\***

## **IL CONTESTO COMUNICATIVO EURO-NAZIONALE: ALLA RICERCA DI UN RUOLO COOPERATIVO DELLE CORTI COSTITUZIONALI NELLA RETE GIUDIZIARIA EUROPEA**

SOMMARIO: § 1. Il (necessario) dialogo giudiziario nel processo in atto di convergenza interordinamentale – § 2. I diritti fondamentali fra testi normativi e contesti comunicativi – § 3. L'europeizzazione dei controlimiti: un nuovo (anzi rinnovato) presupposto del dialogo giudiziario – § 4. Le conseguenze della Carta europea dei diritti fondamentali (quale *jus cogens*) sul dialogo (esclusivo?) tra giudici comuni e Corti di giustizia: ovvero del (presunto) tramonto delle corti costituzionali? – § 5. Precisazioni conclusive sul ruolo della Corte costituzionale nella "rete" giudiziaria europea tra necessarie (e reciproche) attitudini cooperative ed esigenze di effettività dei diritti fondamentali di origine eurounitaria

### **§ 1. Il (necessario) dialogo giudiziario nel processo in atto di convergenza interordinamentale**

Nel processo in atto di convergenza interordinamentale risulta del tutto naturale registrare una serie viepiù crescente di riferimenti incrociati nelle (e tra le) giurisprudenze degli organi giudiziari europei e nazionali. Vuoi per esigenze interpretative o di ispirazione, vuoi per fini parametrici e/o applicativi, l'attività dei giudici europei operanti in ordinamenti viepiù integrati non può sottrarsi al processo di "circolare"<sup>1</sup> influenza caratterizzante le rispettive giurisprudenze. Considerato, inoltre, il valore giuridico vincolante acquisito dalla Carta di Nizza per effetto dell'art. 6, par. 1, TUE (come emendato dal trattato di Lisbona) che, per altro e complementare verso, reca (nel successivo par. 2) la base giuridica per l'adesione dell'Unione europea alla CEDU (della quale gli Stati membri dell'UE sono già parti contraenti), ne consegue

---

\* Giampaolo Gerbasi, Università della Calabria.

<sup>1</sup> In tal senso, TIZZANO, A., *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, per il quale "(...) les rapports entre les ordres juridiques sont tellement imbriqués sur le plan structurel qu'on ne peut plus penser les appréhender de manière verticale. Sur plusieurs aspects il convient plutôt de les concevoir comme des relations à caractère, pour ainsi dire, circulaire" (p. 47).

allora l'impraticabilità di uno "spazio giuridico europeo"<sup>2</sup>, inteso come "spazio di libertà e di diritti giudiziariamente tutelati"<sup>3</sup>, in assenza di dinamiche di cooperazione e di dialogo giudiziario nell'attuale scenario di *multilevel protection of fundamental rights*<sup>4</sup>.

Non v'è dubbio che la moltiplicazione in Europa delle carte dei diritti e dei relativi "custodi" giudiziari arricchisce il patrimonio costituzionale europeo (e dunque l'identità europea) configurando il relativo spazio giudiziario come un "laboratorio di pluralismo"<sup>5</sup>; tuttavia, la crescente complessità di tale scenario amplia anche gli orizzonti dei possibili conflitti nella misura in cui un medesimo diritto fondamentale riconosciuto in tutti i livelli ordinamentali può essere oggetto di divergenze interpretative da parte dei diversi giudici nel cui ambito cognitivo esso viene in rilievo. Il che, pare a ben vedere inevitabile ove si consideri che nell'ordinamento dell'Unione europea sono chiamati a convivere tanti diritti nazionali e nel quale un rilievo vieppiù crescente è destinata assumere (nella prospettiva dell'adesione) la CEDU. Non si vuole dunque affermare che la convergenza tra le diverse giurisprudenze non possa (o in alcuni casi non debba) registrare alcuna (sia pur limitata e fisiologica<sup>6</sup>) eccezione nel quadro del processo sempre più spinto di integrazione interordinamentale; anzi, per certi versi anche i rapporti conflittuali tra corti nazionali (in specie costituzionali) e giudici europei/sovrnazionali possono rappresentare un momento di crescita e di sviluppo dell'integrazione sovranazionale lungo traiettorie maggiormente ricettive di esigenze costituzionali nazionali in materia di diritti fondamentali; ciò che appare invece essenziale, per la tenuta complessiva del sistema e ove si voglia conseguire l'obiettivo di una generalizzata prevalenza delle esigenze soggettive individuali di "maggiore" tutela rispetto a quelle dei pubblici poteri<sup>7</sup>, è che an-

<sup>2</sup> Per utilizzare l'espressione di APOSTOLI, A., *La tutela dei diritti fondamentali al di là della Costituzione nazionale*, in ZANON, N., (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, p. 5.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>4</sup> Sulla nozione di costituzionalismo multilivello che permea di sé quella di protezione multilivello dei diritti fondamentali, in termini definitivi, cfr. PERNICE, I., *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitutionalism-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 707.

<sup>5</sup> Così, TIZZANO, A., *Les Cours européennes et ...* op. cit., p. 55.

<sup>6</sup> ... e, comunque, entro certi limiti ed in relazione a particolari casi isolati, non tale da intaccare la tenuta complessiva del sistema sotto il profilo dei principi di tutela giurisdizionale e di unitarietà nella giurisdizione. In tal senso, cfr. lo stimolante contributo di MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento europeo*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, Atti del XIV Convegno annuale, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Padova, 2000), per il quale "la esigenza di interpretazione uniforme, per quanto di carattere generale in qualunque ordinamento, è oltremodo vitale quando ci troviamo di fronte a giudici di Stati diversi, con mentalità ed impostazioni culturali assolutamente diverse, sicché la divergenza interpretativa è fisiologica e potrebbe dar luogo a disparità tra gli Stati membri, con turbativa dell'intero equilibrio comunitario" (p. 428).

<sup>7</sup> In tal senso, si accoglie il significato di "maggiore tutela", cui si fa riferimento nelle clausole orizzontali della Carta di Nizza, definito da ALONSO GARCÍA, R., *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 21 ss. In senso analogo, cfr. PANUNZIO, S.P., *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, in PANUNZIO, S.P., (a cura di), *I diritti fon-*

che il conflitto debba esprimersi in forma dialogica e cooperativa; solo in tal modo, ed anche nell'ottica di composizione preventiva di futuri conflitti (di una più spinta etero-integrazione interordinamentale), i rapporti tra fonti e istituzioni multilivello potranno caratterizzarsi in senso di reciproco rispetto e mutua considerazione sinergica piuttosto che in termini gerarchici o di netta separazione delle rispettive competenze; con il conseguente abbandono, in materia di diritti fondamentali, di ogni pretesa di definire una volta per tutte la questione della superiorità demandando piuttosto l'effettività (talora in direzione "eurounitaria", talaltra in direzione convenzionale e/o nazionale a seconda del grado di protezione più o meno esteso offerto ai diritti fondamentali in gioco) a rapporti dialogici di paritaria cooperazione tra giudici comuni, costituzionali, Corte di giustizia e Corte EDU da estrinsecarsi nella definizione delle concrete questioni controverse<sup>8</sup>.

Se, dunque, il dialogo giudiziario (ed "il gioco di adattamenti flessibili"<sup>9</sup> che da esso può scaturire siccome richiesto dalla natura stessa dei diritti fondamentali) rappresenta la via maestra per superare o prevenire i pur sempre possibili conflitti in materia di diritti fondamentali, può inconfutabilmente affermarsi che la previsione di istituti e procedure tesi a incentivarne la concretizzazione risulta strutturalmente e funzionalmente necessaria all'integrazione sopranazionale di ordinamenti statali ed alla conseguente e coerente definizione di sistemi multilivello di protezione dei diritti fondamentali. Di qui, la generale tendenza ad introdurre disposizioni normative coordinanti il fitto intreccio di carte e corti sopranazionali e nazio-

---

*damentali e le corti in Europa*, Napoli, 2005) per il quale il sistema complessivo di garanzia dei diritti fondamentali definito dalla Carta di Nizza dovrebbe funzionare (per effetto del combinato disposto degli artt. 52 e 53) secondo "livelli di protezione essenziali (...) crescenti verso il basso: cioè dagli ambiti più generali a quelli più particolari, dalla CEDU alla UE ed agli Stati (...)". Pur concordando con tale impostazione, abilitante *standards* maggiori di tutela – nel significato qui accolto di priorità delle esigenze individuali rispetto a quelle dei pubblici poteri – da parte degli ordinamenti nazionali rispetto a quello comunitario o della CEDU, in tale sede si ritiene che essi non necessariamente debbano risultare fruibili unicamente negli ordinamenti statali, per così dire, più protettivi ma che, mediante il dialogo e i necessari bilanciamenti, possano costituire oggetto di circolazione verso l'alto creando in tal modo le condizioni (ovviamente non obbligatorie) che anche i cittadini di altri ordinamenti nazionali (soprattutto dei nuovi Stati membri nei quali al momento una spinta propulsiva a garanzia e promozione dei loro diritti può probabilmente derivare maggiormente dalla giurisprudenza comunitaria che dalle istituzioni nazionali) possano godere di analoghe forme di tutela delle proprie posizioni soggettive.

<sup>8</sup> Una conferma dell'utilità di siffatto approccio, è rinvenibile nella complessa vicenda giudiziaria, isticamente definita "guerra delle banane", nella quale il "confronto" dialogico tra giudice comune tedesco, Corte comunitaria e *Bundesverfassungsgericht* è stato condotto, a garanzia di più ampi *standards* di tutela dei diritti fondamentali implicati, in forma paritaria. In tal senso, si concorda con chi individua nell'orientamento finale del Tribunale costituzionale tedesco la volontà "di lasciare aperta la questione della supremazia e di offrire così alla leale cooperazione uno strumento che ne garantisca l'effettività". Così, VIOLINI, L., *I precari equilibri di un sistema giudiziario multilivello: i conflitti tra potere giudiziario nazionale e giudici europei in Germania*, in ZANON, N., (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea* ... cit., p. 526.

<sup>9</sup> Per riprendere l'espressione di RIDOLA, P., utilizzata nel suo intervento all'incontro su *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Roma, 11 luglio 2011.

nali operanti in materia di diritti fondamentali la cui idoneità armonizzante non può, tuttavia, prescindere dal fondamentale apporto di un necessario *ethos* collaborativo giudiziario espressivo di una attitudine spontanea al dialogo ed alla cooperazione intergiudiziale.

## § 2. I diritti fondamentali fra testi normativi e contesti comunicativi

L'ordinamento eurounitario, invero, dà conferma delle preliminari considerazioni fatte contemplando una molteplicità di istituti e strumenti di integrazione tendenti a soddisfare l'ineliminabile esigenza di armonizzazione nel processo di integrazione interordinamentale. Infatti, talora previsti da fonti normative talaltra elaborati a livello giurisprudenziale<sup>10</sup>, una serie di meccanismi e tecniche contribuiscono a creare un "contesto" comunicativo che rappresenta una cornice imprescindibile entro cui instaurare un proficuo dialogo tra giudici nazionali e Corte dell'Unione europea. Un contesto la cui costruzione è riconducibile di certo alla previsione di apposite disposizioni normative ed all'attivismo della giurisprudenza comunitaria<sup>11</sup> ma che tuttavia non può prescindere, per assolvere adeguatamente alla funzione sua propria di cornice dialogica, dalla volontaria e reciproca propensione collaborativa di tutte le autorità giudiziarie in esso operanti. Ciò vale soprattutto per i canali comunicativi predisposti per il (o creati dal) giudice dell'Unione europea la cui attivazione, trattandosi per lo più di meccanismi di raccordo interpretativo operanti più nelle forme di una mera raccomandazione che in termini rigidamente vincolanti (almeno fino a quando non sarà perfezionata la procedura di adesione dell'UE alla CEDU), è rimessa in buona sostanza alla sua propensione spontanea (buona volontà) non di rado forgiata dalle esigenze concrete del caso sottoposto al suo esame; tuttavia, dato il peculiare assetto dei rapporti tra giudici nazionali e Corte UE, tale considerazione può per certi versi estendersi (sia pur con tutte le precisazioni che il diritto scritto e giurisprudenziale impongono di fare) anche ai meccanismi e strumenti procedurali e/o interpretativi per effetto dei quali spetta ai giudici nazionali

---

<sup>10</sup> Sulla opportunità di un approccio disomogeneo ai meccanismi in esame (individuati cioè sulla base sia del diritto positivo che di quello giurisprudenziale) siccome operanti in un contesto di ordinamenti integrati ed in ragione della loro *comune* natura di strumenti di integrazione tendenti a soddisfare la *medesima* ed ineliminabile esigenza di armonizzazione nella costruzione dell'ordinamento dell'Unione europea, sia consentito rinviare a GERBASI, G., *Forme e strumenti del (necessario) dialogo giudiziario nella complessa (e sui generis) architettura giudiziaria europea*, in *Civitas Europa*, numero speciale, BLAIRON, K. e GERBASI, G. (a cura di), *Dialogues et inspirations dans les jurisprudences européennes*, Bruylant, 2008, p. 45-46.

<sup>11</sup> È bene tuttavia precisare che anche le scelte domestiche e le prassi giudiziarie degli ordinamenti nazionali non sono assolutamente estranee alla questione del dialogo giudiziario come emblematicamente dimostra la recente vicenda giudiziaria (della quale si dirà nella parte finale del presente contributo) che ha visto coinvolti, a seguito dell'attuazione in Francia della riforma costituzionale del 2008, *Conseil constitutionnel*, *Conseil d'État*, *Cour de cassation* e Corte di giustizia.



l'impulso dialogico; infatti, sebbene maggiormente vincolanti, il loro concreto utilizzo presuppone pur sempre un certo spirito cooperativo dei giudici nazionali<sup>12</sup>.

Ciò detto, l'eterogeneità dei presupposti (istituzionalizzati o meno) delineanti il contesto comunicativo impone una prima distinzione tra gli strumenti del dialogo giudiziario di natura procedurale e contenutistico valoriale al cui interno è possibile tracciare un'ulteriore demarcazione a seconda della natura, obbligatoria e/o facoltativa, degli stessi.

Nell'ambito della distinzione tracciata il rinvio pregiudiziale, che rappresenta l'unica procedura dialogica istituzionalizzata prevista dal diritto primario dell'Unione europea, risulta ascrivibile tanto negli strumenti di dialogo obbligatori che in quelli facoltativi in ragione della posizione del giudice nazionale chiamato a promuoverlo; infatti, come è noto, ai sensi dell'art. 234, par. 3, TCE (ora, 267, TFUE), solo sui giudici nazionali di ultima istanza, avverso le cui decisioni non è possibile esperire alcun ricorso giurisdizionale di diritto interno, incombe l'obbligo di sollevare una questione pregiudiziale per ottenere una pronuncia della Corte di giustizia, ritenuta necessaria per la soluzione del giudizio innanzi a essi pendenti, sull'interpretazione e/o sulla validità degli atti di diritto comunitario. Non sono invece tenute a rivolgersi alla Corte di giustizia le altre giurisdizioni nazionali per le quali la promozione del rinvio pregiudiziale risulta dunque volontaria e facoltativa.

Ora senza poterci soffermare sulla *ratio* di tale distinzione<sup>13</sup>, s'impongono alcune precisazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria per effetto della quale, per un verso, il deferimento della questione di validità risulta obbligatorio (a presidio dell'unità dell'ordine giuridico dell'Unione europea) anche nei primi gradi di giurisdizione nazionale e, per altro verso, l'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo per i giudici di ultima istanza, sussistendo alcune condizioni, si trasforma in me-

---

<sup>12</sup> Al riguardo, non è inutile osservare che all'obbligo di rinvio pregiudiziale (ai sensi dell'art. 267, par. 3, TFUE) l'ordinamento eurounitario non associa (salvo la procedura per infrazione il cui esito tuttavia non sortisce alcun effetto sulla controversia nella quale si è consumata la violazione dell'obbligo di rinvio) alcuno strumento processuale idoneo a superare un suo eventuale inadempimento da parte dei giudici nazionali di ultima istanza e che "la condizione costitutiva dell'obbligo medesimo" è affidata "al potere discrezionale decisorio dello stesso destinatario di esso (il giudice nazionale)". Da ciò, ne consegue un "depotenziamento dell'efficacia precettiva del vincolo" la cui effettività è rimessa in buona sostanza all'accondiscendenza ed all'attitudine cooperativa delle giurisdizioni nazionali di ultima istanza. In tal senso, RAITI, G., *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003 (pp. 257-261). Non è un caso se il giudice comunitario, a partire dalla sentenza Kobler del 2003, ha inteso rafforzare la peculiare precettività dell'obbligo di rinvio e, dunque, l'attitudine cooperativa dei giudici nazionali estendendo la responsabilità dello Stato per violazione dei diritto comunitario anche in relazione ad atti o comportamenti dei giudici supremi nazionali con le consuete conseguenze risarcitorie. Sul nesso tra questo filone giurisprudenziale e la peculiare natura della complessa architettura giudiziaria europea, sia consentito rinviare a GERBASI, G., *Forme e strumenti del dialogo ... cit.*, p. 73 ss.

<sup>13</sup> ... che risiede essenzialmente nella necessità di impedire la formazione di pronunce definitive divergenti su questioni di diritto comunitario al fine di garantire la fondamentale esigenza di una sua *uniforme interpretazione ed applicazione*.

ra facoltà il cui esercizio è rimesso all'autonomo apprezzamento degli stessi. Rispetto alla pregiudiziale di validità, come ha avuto modo di precisare la Corte di giustizia nella nota sentenza *Foto Frost*<sup>14</sup>, i giudici nazionali non sono competenti ad accertare direttamente l'invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie; più precisamente, qualora sussistano fondati motivi di invalidità di un atto comunitario, rilevati d'ufficio o eccepiti dalle parti innanzi ad essi, tutti i giudici nazionali, di ultima istanza o meno, sono tenuti a sottoporre la questione di validità al giudice comunitario<sup>15</sup>; diversamente, se le autorità giurisdizionali nazionali, in qualunque grado del giudizio, procedessero autonomamente a rilevare l'invalidità di un atto dell'Unione europea, senza che lo stesso abbia costituito oggetto di un'apposita pronuncia della Corte di giustizia, ciò potrebbe compromettere la stessa "unità" dell'ordinamento giuridico comunitario per effetto di un'applicazione non uniforme delle sue disposizioni normative. Cioché, in caso di dubbio sulla validità di un atto comunitario, anche sulle autorità giurisdizionali nazionali di grado inferiore incombe l'obbligo di sottoporre la questione alla Corte di giustizia a differenza di quanto è dato registrare nella diversa ipotesi della pregiudiziale comunitaria interpretativa nell'ambito della quale il corrispondente obbligo sussiste unicamente per i giudici di ultimo grado. Invero, per passare alla seconda e risalente precisazione fatta dal giudice comunitario, l'obbligo gravante su questi ultimi viene meno qualora la questione interpretativa da promuovere "è materialmente identica a una questione già oggetto di una decisione a titolo pregiudiziale in una fattispecie analoga"<sup>16</sup> ovvero nei casi in cui il punto di diritto comunitario di cui trattasi sia stato già risolto dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia, indipendentemente dalla natura dei procedimenti da cui essa ha tratto origine, "anche in mancanza di stretta identità delle questioni controverse"<sup>17</sup>. In entrambe le ipotesi, l'autorità dell'interpretazione resa dal giudice comunitario può far venir meno la causa di tale obbligo e privarlo quindi del suo contenuto precettivo con la conseguenza che i giudici nazionali, compresi quelli di

---

<sup>14</sup> Corte di giustizia, sentenza 22 ottobre 1987, in causa 314/1985, *Foto Frost c. Hauptzollamt Lübeck Ost*, in *Raccolta*, p. 4199.

<sup>15</sup> Sul punto, risulta tuttavia opportuna un'ulteriore precisazione sulla scorta di quanto affermato dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Simmmenthal* (del 6 marzo 1979, in causa 92/78) e nella stessa sentenza *Foto Frost*; in particolare, non può eccepirsi davanti ad un giudice nazionale (al quale risulta conseguentemente preclusa la proponibilità al giudice comunitario della relativa questione pregiudiziale) l'invalidità di una disposizione comunitaria impugnabile dalla parte in via di ricorso diretto di annullamento ai sensi dell'art. 230, par. 4, TCE.

<sup>16</sup> Corte di giustizia, sentenza 27 marzo 1963, in causa 28, 30/62, *Da Costa and Schaake NV., Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV c. Administration fiscale néerlandaise*, in *Raccolta*, p. 76.

<sup>17</sup> Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 1982, in causa 283/81, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo Spa c. Ministre de la santé*, punto 14.

ultima istanza, esonerati da tale obbligo di rinvio diretto restano comunque del tutto liberi di adire la Corte di giustizia qualora lo ritengano opportuno<sup>18</sup>.

Da quanto precede risulta evidente che l'obbligo del rinvio gravante su tutti i giudici nazionali, anche su quelli avverso le cui decisioni è possibile esperire un ricorso giurisdizionale di diritto interno, discende anche dalla giurisprudenza comunitaria (e non solo dal diritto comunitario scritto) che in tal caso ha finito per chiarirne la portata soggettiva nell'ambito del rinvio pregiudiziale di validità. Di conseguenza, a differenza della pregiudiziale di interpretazione (a un tempo facoltativa od obbligatoria a seconda della posizione del giudice rinviante), quest'ultimo risulta ascrivibile, in virtù del diritto scritto e della giurisprudenza comunitaria, nelle sole forme dialogiche obbligatorie. D'altra parte, la facoltà di promuovere la pregiudiziale interpretativa associata ai soli giudici nazionali di grado inferiore in base al diritto dei trattati si arricchisce di nuovi destinatari caratterizzando anche la posizione del giudice di ultima istanza nelle fattispecie indicate dalla giurisprudenza comunitaria; cosicché, l'inquadramento del rinvio pregiudiziale di interpretazione negli strumenti di dialogo obbligatorio va rivisitato nella sua portata normativa nella misura in cui l'obbligo di deferimento gravante sui giudici nazionali di ultima istanza opera unicamente in riferimento a quelle norme comunitarie sulle quali la Corte di giustizia non ha ancora avuto modo di precisarne il significato nell'ambito di una delle forme di controllo diretto (procedure contenziose) o indiretto (competenza pregiudiziale) in cui si articola il sistema comunitario di tutela giurisdizionale.

Da quanto precede, se i giudici nazionali di ultima istanza sono esonerati dall'obbligo di rinvio pregiudiziale in presenza di una consolidata giurisprudenza comunitaria, nondimeno essi non possono sottrarsi alla necessità di attenersi all'interpretazione resa precedentemente dal giudice lussemburghese in sede di composizione dell'antinomia sul piano interpretativo<sup>19</sup>. In tale prospettiva, anche il criterio di inter-

---

<sup>18</sup> È quanto affermato dalla Corte di giustizia nelle due sentenze da ultimo richiamate nelle quali si precisa, altresì, che la sussistenza dell'obbligo di rinvio viene meno anche qualora si accerti che la corretta applicazione del diritto comunitario s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi; eventualità, quest'ultima, che deve essere valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto comunitario, delle particolari difficoltà della sua interpretazione e del rischio di divergenze giurisprudenziali nell'ambito della Comunità.

<sup>19</sup> Non a caso, a tale giurisprudenza comunitaria, esonerante nelle due ipotesi richiamate il giudice nazionale dall'obbligo di rinvio pregiudiziale, è ricondotta la nascita della "regola del precedente"; in particolare, "l'autorità riconosciuta alle sentenze interpretative della Corte, dunque, si avvicina al principio dello *stare decisis*, o del precedente obbligatorio con efficacia generale che oltrepassa il caso di specie, nel senso che l'interpretazione fornita integra il contenuto della norma comunitaria e condiziona la sua applicazione da parte di qualsiasi giudice interno, oltre a far venir meno l'obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza". Così, AZZENA, L., *Prospettive evolutive in tema di applicazione del diritto europeo e ruolo dei giudici nazionali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 11/2005, p. 7 (nota 19). In senso analogo, BLAIRON, K., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: verso la costituzionalizzazione di un « diritto comune » europeo?*, in GAMBINO, S. (a cura di), *trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, Diritti fondamentali*, Milano, 2006, p. 345.

pretazione conforme al diritto europeo delle norme nazionali può annoverarsi tra i presupposti procedurali dialogici aventi natura obbligatoria il cui utilizzo dà luogo ad una peculiare forma di dialogo tra giudici nazionali e Corte UE nel quale, in presenza di norme europee prive di effetto diretto, anche le corti costituzionali possono inserirsi contribuendo attivamente alla penetrazione del diritto sovranazionale per il tramite della (e sollecitando la) attività ermeneutica comunitariamente conforme dei giudici comuni (la quale tuttavia non può sconfinare in una interpretazione chiaramente *contra legem* priva di ogni legame con il dato testuale dell'atto legislativo nazionale<sup>20</sup>. Affermatosi sulla base di una giurisprudenza comunitaria ormai consolidata, inaugurata con la sentenza *Marleasing*<sup>21</sup>, siffatto obbligo comporta imprescindibilmente il riferimento alle disposizioni comunitarie ed alle statuizioni interpretative elaborate dal giudice sovranazionale; diversamente sarebbe incomprensibile come il giudice nazionale possa attribuire un significato in senso conforme alla disposizione nazionale senza tenere in debita considerazione la 'stella polare eurounitaria' destinata a guidarne l'attività interpretativa e applicativa. È interessante osservare come tale canale comunicativo di origine giurisprudenziale rappresenti il possibile corollario applicativo del primato del diritto dell'Unione europea, principio fondamentale a sua volta elaborato, come è noto, dalla Corte di giustizia; di talché, entrambi frutto dell'attività pretoria di quest'ultima, la prevalenza delle norme comunitarie e l'obbligo di interpretazione conforme sono demandati, quanto alla loro applicazione, anche ai giudici nazionali; il che se, per un verso, conferma la centralità del giudice comunitario nello sviluppo dell'integrazione comunitaria, per altro verso, mette in rilievo il ruolo determinante in esso svolto dagli stessi giudici nazionali<sup>22</sup> i quali, rispetto al profilo in esame, sono tenuti a far valere la prevalenza del diritto comunitario o mediante il consueto meccanismo della non applicazione della norma nazionale con esso contrastante ovvero interpretando quest'ultima, nella misura in cui ciò sia possibile, in conformità al diritto comunitario.

In taluni casi, è anche possibile che il canale istituzionalizzato previsto dal diritto comunitario primario e quello di origine giurisprudenziale possano in ordine sequenziale estrinsecarsi nell'ambito di una medesima controversia; ci si riferisce a quelle ipotesi in cui, per definire la questione dinanzi ad esso pendente, il giudice nazionale adempie all'obbligo di interpretazione conforme sulla base della pronun-

---

<sup>20</sup> Sui limiti all'interpretazione conforme, come è stato opportunamente precisato, si registra una chiara convergenza tra le posizioni della Corte di giustizia e della Corte costituzionale italiana. Così, CONTI, R., *Il problema delle norme interne contrastanti con il diritto dell'Unione non immediatamente efficace fra i medi interni ed eurounitari*, in *Federalismi.it*, 2010, p. 25.

<sup>21</sup> Corte di giustizia, sentenza 13 novembre 1990, in causa C-106/89, *Marleasing*, in *Raccolta*, p. 4135; da ultimo, cfr. sentenza 7 gennaio 2004, causa C-60/02, *Rolax*, reperibile su [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)

<sup>22</sup> Al riguardo, sono significative le conclusioni dell'Avvocato generale Léger (8 aprile 2003, C-224/01, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Raccolta*, 2003, p. 10259) nel cui punto 53 si afferma che "il giudice nazionale, avendo come compito quello di applicare il diritto, compreso il diritto comunitario, costituisce incontestabilmente un elemento essenziale nell'ordinamento giuridico comunitario".

cia interpretativa da esso stesso richiesta alla Corte di giustizia in via pregiudiziale. La duplice forma di dialogo che in siffatta evenienza si registrerebbe, pur fondandosi sul medesimo principio di reciproca e leale cooperazione, segue a ben vedere due circuiti complementari rispondenti a finalità diverse: il primo, previsto dal diritto scritto, tendente ad ottenere l'interpretazione della disposizione normativa comunitaria rilevante nel giudizio *a quo*; il secondo, fondato su un consolidato principio giurisprudenziale, finalizzato ad interpretare la norma nazionale in conformità alla pronuncia interpretativa resa dal giudice comunitario.

È evidente che la confluenza dei due canali dialogici, risultando questi ultimi pur sempre diversi e autonomi quanto alle finalità rispettivamente perseguite, è possibile solo qualora l'esito dell'uno si ponga quale fattore legittimante l'attivazione e la concreta applicazione dell'altro.

Ciò che, a nostro parere, configura come obbligatorio l'utilizzo a fini interpretativi delle norme comunitarie (siano o meno direttamente applicabili o dotate di effetto diretto) è che, nei casi in cui se ne contesti una presunta violazione da parte di una norma interna venuta in rilievo nel giudizio principale, il giudice nazionale dovrebbe procedere alla disapplicazione di quest'ultima (nelle ipotesi di collisione con una norma comunitaria direttamente applicabile) ovvero promuovere il sindacato di costituzionalità (nei casi di incompatibilità con il diritto unionista non direttamente applicabile o privo di effetti diretti nei rapporti interpretati) per così dire in via sussidiaria, ossia solo qualora risultasse impossibile sanare il contrasto mediante la tecnica dell'interpretazione conforme; in tale prospettiva, il riferimento al diritto ed alla giurisprudenza comunitaria risulterebbe pertanto demandato non alla spontanea attitudine delle autorità giurisdizionali nazionali ma discenderebbe da un apposito vincolo interpretativo<sup>23</sup>. Del resto, una conferma di ciò può rintracciarsi nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale italiana la quale, dopo avere espressamente affermato che il "canone dell'interpretazione non contrastante con la normativa comunitaria [è] vincolante per l'ordinamento giuridico italiano", ha definito una sorta di priorità nell'utilizzo delle tecniche miranti ad accertare ed eventualmente a comporre le antinomie tra norme interne e comunitarie dichiarando

---

<sup>23</sup> Sul punto sembra registrarsi un'analogia in riferimento all'utilizzo a fini interpretativi delle norme internazionali in materia di diritti umani da parte dei giudici costituzionali nazionali. Anche in tal caso, pur delineandosi una significativa e *spontanea* convergenza nell'attitudine degli organi di giustizia costituzionale a ricavare dai trattati universali o regionali in materia di diritti umani (e dalla stessa giurisprudenza resa dagli organi istituiti a garanzia degli stessi) elementi di ausilio interpretativo dei rispettivi cataloghi costituzionali dei diritti e delle libertà fondamentali, solo in limitati casi (emblematicamente rappresentati dagli ordinamenti costituzionali spagnolo e portoghese) è previsto un apposito *obbligo* costituzionale di interpretazione conforme. Al riguardo, sia consentito rinviare a GERBASI, G., *Le tutele euro-costituzionali dei diritti fondamentali tra corti e fonti normative*, Cosenza, 2004, p. 43 ss. La differenza, in tal caso, è semmai rintracciabile nella fonte dalla quale discende il vincolo interpretativo: la costituzione scritta negli ordinamenti nazionali richiamati e la giurisprudenza della Corte di giustizia nell'ordinamento comunitario.

che così “come l’interpretazione conforme a Costituzione deve essere privilegiata per evitare il vizio di incostituzionalità della norma interpretata, analogamente l’interpretazione non contrastante con le norme comunitarie vincolanti per l’ordinamento interno deve essere preferita, dovendosi evitare che lo Stato italiano si ritrovi inadempiente agli obblighi comunitari (...)”<sup>24</sup>. Conseguentemente, il giudice nazionale potrà adire la Corte costituzionale solo dopo avere accertato l’impossibilità di fornire una interpretazione della norma nazionale compatibile con il diritto sovranazionale (o comunque adottato dalle istituzioni europee<sup>25</sup>) privo di effetti diretti.

Per quanto concerne le clausole e gli strumenti incentivanti il dialogo giudiziario in una prospettiva assiologico-sostanziale, può preliminarmente osservarsi che il loro comune carattere facoltativo finisce per affidare le sorti dell’armonizzazione fra le corti alla loro reciproca e spontanea attitudine cooperativa. In tale prospettiva, possono richiamarsi tanto le clausole interpretative di cui alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea quanto le tradizioni costituzionali comuni così come pure le riserve dei c.d. controlimiti alle limitazioni di sovranità. Come noto, le prime tendono ad armonizzare l’attività dei diversi giudici operanti nello spazio comune europeo dei diritti e delle libertà fondamentali; il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri da parte della Corte di giustizia è stato posto alla base, sia pur come fonti di ispirazione, dell’elaborazione pretoria della tutela comunitaria dei diritti fondamentali; infine, i controlimiti sono stati elaborati, sia pur con diversità di accenti<sup>26</sup>, da alcune corti costituzionali e/o supreme nazionali a presidio del nucleo intangibile dei principi e dei diritti fondamentali costituzionali nei confronti del diritto europeo.

Ciò premesso e pur non potendoci soffermare compiutamente sui singoli profili richiamati<sup>27</sup>, pare evidente che la nozione (elaborata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia) delle tradizioni costituzionali comuni costituisce uno strumento sulla cui base il giudice dell’Unione può incanalare un dialogo con i giudici nazionali (a nostro avviso soprattutto con le corti costituzionali che delle tradizioni costitu-

---

<sup>24</sup> In tal senso, cfr. Corte costituzionale sentenza n. 190/2000 (<http://www.giurcost.org/decisioni/2000/0190s-00.html>), rispettivamente punti 5 e 5.3 del Considerato in diritto.

<sup>25</sup> Tale specificazione trova conferma nella sentenza n. 227 del 2010 della Corte costituzionale che ha dichiarato l’illegittimità di una disposizione della legge n. 69 del 2005 attuativa della decisione-quadro relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. Nel par. 7.1 della pronuncia in esame, infatti, l’impossibilità di interpretare la disposizione legislativa impugnata conformemente alla decisione-quadro costituisce un necessario presupposto per la corretta instaurazione del giudizio di costituzionalità in via incidentale. Sul punto, cfr., fra gli altri, PISTOIA, E., *Una nuova pronuncia della Corte costituzionale sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, p. 91 ss.).

<sup>26</sup> Sul tema, cfr., LAURANS, Y., *La résistance des cours suprêmes à la primauté du droit de l’Union européenne: entre dialogue horizontal et monologues parallèles*, in *Civitas Europa*, BLAIRON, K. e GERBASI, G., *Dialogues et inspirations ...* op. cit., p. 239 ss.

<sup>27</sup> Sui quali, se si vuole, cfr. GERBASI, G., *Forme e strumenti ...* op. cit., p. 51 ss.

zionali dei rispettivi ordinamenti sono i principali ed autorevoli interpreti oltre che principale canale di emersione).

Prescindendo dalla lunga evoluzione giurisprudenziale sul punto, ai nostri fini è sufficiente sottolineare che la tutela comunitaria dei diritti fondamentali, per come definita dal giudice dell'Unione europea, presupporrebbe l'attivazione di canali comunicativi e comparativi alimentati proprio dal riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri quali fonti di ispirazione nell'elaborazione pre-toria dei principi generali del diritto comunitario. Che poi concretamente il giudice comunitario, nonostante i ripetuti ed apodittici rinvii alle tradizioni costituzionali comuni (rilevabili anche nella sua più recente giurisprudenza<sup>28</sup>), solo in rarissime occasioni ha proceduto ad un'analisi comparativa della disciplina vigente e della giurisprudenza nazionale concernenti i diritti fondamentali oggetto delle sue pronunce<sup>29</sup>, prediligendo per contro riferimenti puntuali a questo o a quell'ordinamento nazionale<sup>30</sup>, nulla toglie alle astratte potenzialità dialogiche insite nella nozione in esame confermandone semmai la natura di strumento facoltativo attivato selettivamente<sup>31</sup> e discrezionalmente dalla Corte di giustizia per lo più al fine di "estrarre dalla *store-room of ideas* quanto fa più comodo per legittimare percorsi interpretativi precostituiti nell'esito"<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Come si evince dalla sentenza *Alasini* del 2010 (par. 61), nella quale il giudice sovranazionale, in relazione al principio di protezione giudiziaria effettiva, richiama le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, unitamente agli artt. 6 e 13 della CEDU ed all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>29</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza *Hauer* del 13 dicembre 1979, in *Raccolta*, 1979, p. 3727 ss. Sull'esigenza (disattesa dal giudice comunitario) di adottare un metodo comparativo relativamente a tali problematiche cfr. GAJA, G., *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1988, p. 581. Si esprime problematicamente sul ricorso al criterio comparativo ai fini della individuazione delle tradizioni costituzionali agli Stati membri G. Strozzi, *Diritto dell'Unione europea, Parte istituzionale*, Torino, 2000, p. 236.

<sup>30</sup> Al riguardo, esemplificativo è il ricorso della Corte di Lussemburgo al principio del legittimo affidamento contro atti della pubblica amministrazione (*CNTA*, 14 maggio 1975, in *Raccolta*, p. 533) o a quello di proporzionalità (*Buitoni*, 20 febbraio 1979, in *Raccolta*, p. 1019) conosciuti dal solo ordinamento tedesco. Si veda anche la sentenza *AM & S* (causa 155/79, in *Raccolta*, p. 1575) a proposito del principio di confidenzialità della corrispondenza, tipico dell'ordinamento inglese.

<sup>31</sup> Alla natura ed utilizzo selettivo di siffatto canale comunicativo non è di certo estranea la difficoltà (amplificata a seguito dell'ingresso dei nuovi 12 Stati membri) di individuare principi e tradizioni costituzionali comuni agli stessi Stati membri atteso che la portata interpretativa e prescrittiva degli stessi è strettamente connessa alle caratteristiche ed alle specificità di ogni contesto giuridico culturale che ne plasmano variabilmente il contenuto. Sull'influenza del contesto nell'interpretazione di analoghe disposizioni normative, cfr. CARTABIA, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, *passim*.

<sup>32</sup> Alla natura ed utilizzo selettivo di siffatto canale comunicativo non è di certo estranea la difficoltà (amplificata a seguito dell'ingresso dei nuovi 12 Stati membri) di individuare principi e tradizioni costituzionali comuni agli stessi Stati membri atteso che la portata interpretativa e prescrittiva degli stessi è strettamente connessa alle caratteristiche ed alle specificità di ogni contesto giuridico culturale che ne plasmano variabilmente il contenuto. Sull'influenza del contesto nell'interpretazione di analoghe disposizioni normative, cfr. CARTABIA, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, *passim*.

Per certi versi, tali considerazioni possono essere estese anche alla clausola di armonizzazione prevista dall'art.53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nonostante il medesimo valore giuridico dei trattati ad essa attribuito dal novellato art. 6, par. 1, TUE. Specifica manifestazione della generale tendenza ad introdurre disposizioni normative armonizzanti e coordinanti il fitto intreccio di Carte e corti internazionali, sovranazionali e nazionali operanti in materia di diritti fondamentali, il meccanismo in esame sancisce il divieto di interpretare le disposizioni della Carta in modo limitativo o lesivo dei diritti riconosciuti, “nel rispettivo ambito di applicazione”, non solo “dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali, l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la CEDU”, ma anche “dalle costituzioni degli Stati membri”. In tal senso, il meccanismo in esame mira a produrre “l'effetto di salvaguardare il pluralismo nella tutela dei diritti fondamentali in Europa, lasciando sussistere diverse forme di tutela, nei rispettivi ambiti di competenza di ciascun *Bill of Rights*”<sup>33</sup>.

Cosicché, il problema del coordinamento viene demandato ad una soluzione riconducibile alle tecniche di garanzia della c.d. protezione più estesa la cui corretta applicazione a ben vedere richiederebbe astrattamente la previa attivazione di un dialogo giudiziario. Infatti, al di là delle difficoltà applicative autorevolmente rilevate in dottrina<sup>34</sup>, è innegabile che l'accertamento della protezione più estesa non potrebbe (né dovrebbe) prescindere da una operazione di raffronto fra i regimi di tutela di un diritto offerti rispettivamente al livello europeo e nazionale. E se così è, come sottacere la necessità, quale preconditione di un adeguato procedimento comparativo, che “le istanze giurisdizionali dei vari livelli debbano ‘confrontarsi’ sulle operazioni di bilanciamento da compiersi di volta in volta”<sup>35</sup> in relazione ai casi di specie sottoposti alla loro cognizione? In tale prospettiva, il meccanismo in

---

<sup>33</sup> Così, CARTABIA, M., *Art. 53. Livello di protezione*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 362, la quale sottolinea, altresì, la differente natura e funzione svolta dall'art. 53 CEDU nonostante il suo tenore letterale presenti innegabili analogie con la corrispondente disposizione contenuta nella Carta di Nizza.

<sup>34</sup> Sul punto, cfr. PANUNZIO, S.P., *I diritti fondamentali e ... cit.*, per il quale le difficoltà applicative risultano viepiù crescenti ove la protezione più estesa debba essere accertata in relazione ai diritti sociali piuttosto che alle classiche libertà negative fino a tradursi in concreta inapplicabilità “quando i problemi sorgono in relazione all'intreccio ed allo scontro di diritti fondamentali in potenziale contrasto tra loro (si pensi al classico caso dell'aborto), diritti fondati su valori diversi ed espressivi, talvolta, di diverse visioni del mondo (p. 21). Sui motivi che scongiurerebbero l'adozione di siffatto criterio, cfr. MORBIDELLI, G., *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo)*, in *www.giustamm.it*, pp. 11-12.

<sup>35</sup> In tal senso, PAJNO, S., (*L'integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, Torino, 2001, p. 253) che fa discendere tale necessità dalle dinamiche della *multilevel constitution* e dalla rappresentazione del “*caso concreto* [come] momento fondamentale nel processo di determinazione del contenuto essenziale dei diritti: non vi è formulazione astratta di massime che possa supplire a questo ruolo, dal momento che ciascuna di esse riceverà poi una diversa considerazione nelle singole operazioni di bilanciamento” (p. 252).



esame presenta una evidente fragilità: supponente un necessario dialogo al fine di una sua ponderata applicazione, in ciò consistendo la sua astratta idoneità dialogica armonizzante, finisce per rimetterne la sua concreta estrinsecazione al “buon senso” ed alla volontaria attitudine comunicativa delle corti (in particolare della Corte di giustizia che della clausola in esame rappresenta il destinatario naturale). Il che, se, per un verso, induce ad inquadrare le disposizioni relative al criterio della protezione più estesa nella categoria del *soft law*, per altro verso, potrebbe amplificarne le difficoltà applicative (o comunque indurre ad un’applicazione *soggettivamente* distorta) nella misura in cui l’individuazione dello standard di protezione più esteso avverrebbe, nel caso di mancato dialogo tra corti, sulla base di un raffronto comparativo tra regimi di tutela diversi unitariamente e non dialogicamente rilevati.

Un possibile ausilio nell’applicazione (corretta e dialogica) del criterio della protezione più estesa potrebbe essere offerto dall’ultimo meccanismo inquadrato tra quelli incentivanti il dialogo intergiudiziale. Anch’esso di origine giurisprudenziale e facoltativo in ragione della esclusiva volontà delle corti di sfruttarne le potenzialità dialogiche, si ritiene, infatti, che l’affermazione di limiti nazionali al primato del diritto comunitario per certi versi si ponga in un rapporto sinergicamente complementare con la clausola di rinvio alla protezione più favorevole. Cosicché, sia pur astrattamente formulate con concezioni diverse dalle corti costituzionali e supreme ed ancorché accomunate dalla volontà di controllare gli effetti interni delle norme comunitarie, le riserve alla superiorità del diritto comunitario dovrebbero, per un verso, indurre le istituzioni comunitarie a considerare (in sede di produzione, interpretazione e applicazione delle norme comunitarie) le esigenze ritenute assolutamente inderogabili dal singolo ordinamento nazionale e, per altro verso, sollecitare i giudici costituzionali e supremi ad effettuare operazioni di bilanciamento nelle quali anche le esigenze propriamente comunitarie, poste alla base della loro presunta violazione, dovrebbero essere tenute in debito conto in relazione alla concreta fattispecie<sup>36</sup>, per trarne le dovute conseguenze sul piano interpretativo ed applicativo. In tal senso, i controlimiti elaborati in sede nazionale a differenza delle tradizioni costituzionali comuni, la cui rilevazione è rimessa in fondo alle discrezionali e variabili determinazioni del giudice comunitario, esprimerebbero un maggiore potenziale dialogico e integrativo, siccome corredato dalla possibilità sia pur remotamente astratta di un intervento dei giudici costituzionali che fornisce loro un certo “potere

---

<sup>36</sup> Invero, a fronte di eccezionali frizioni, la ricerca di una sintesi che non sia espressione di una concezione del primato comunitario definitiva e incondizionata o per converso di un significato assolutizzante delle riserve nazionali ad esso opposte richiederebbe che “sia dinanzi alla CG che dinanzi alla Corte costituzionale dovrebbero aver luogo giudizi di bilanciamento operati sulla base dei medesimi elementi: l’interesse compreso dalla norma comunitaria (la concreta esplicazione dei controlimiti); il fine perseguito da quest’ultima (in vista del quale può essere ritenuta *ragionevole* tale compressione); l’interesse ad una uniforme applicazione del diritto comunitario (considerata da ambedue i giudici, e da ambedue bilanciato con il primato)”. In tal senso, PAJNO, S., *L’integrazione comunitaria ... cit.*, p. 258.

contrattuale” nella formazione della “decisione dialettica”<sup>37</sup>. Si ritiene pertanto che essi, letti in combinato disposto con la clausola di protezione più estesa, dovrebbero auspicabilmente comportare un confronto ed una “integrazione interpretativa”<sup>38</sup> tra le diverse prospettive comunitarie e nazionali nell’ambito di un processo discorsivo posto alla base di tecniche di ponderazione reciprocamente aperte alle istanze valutative rispettivamente dei giudici europei e nazionali in tal modo finendo per svolgere molteplici funzioni i cui effetti di mutua alimentazione potrebbero ravviarsi tanto in sede comunitaria che nazionale.

Nella prima, possono rappresentare per la Corte di giustizia, nei casi in cui essa è investita di un’apposita questione, un utile ed “autorevole” riferimento indicativo (e non anche determinativo dello *standard* comunitario di tutela pena la menomazione dell’unità e dell’efficacia del diritto comunitario) nel complesso bilanciamento dialogico teso ad accertare e definire, in relazione ed in risposta alle esigenze poste dal caso di specie, lo *standard* di protezione più esteso; in sede nazionale, possono rappresentare strumenti di difesa “non soltanto dei principi di base dell’ordinamento costituzionale (...) intesi come proiettati esclusivamente *verso l’interno*, ma soprattutto di questi nella loro apertura e proiezione sopranazionale”<sup>39</sup>; in tal senso, i controlimiti rappresenterebbero, da un lato, il contenuto delle irrinunciabili esigenze costituzionali da proiettare in ambito sopranazionale facendole così penetrare nell’attività interpretativa della Corte comunitaria e, dall’altro, gli indisponibili principi costituzionali sui quali deve appuntarsi l’attività interpretativa “*in senso comunitario*” da parte dei giudici costituzionali nazionali finalizzata a rilevare livelli più elevati di protezione.

In definitiva, aderendo alla tesi dottrinarina secondo cui in materia di tutela dei diritti il problema non è tanto quello di prefigurare invariabilmente il punto di chiusura del sistema quest’ultimo dovendosi piuttosto individuare nel giudice (nazionale, internazionale e/o sovranazionale che sia) maggiormente in grado di dare rispo-

---

<sup>37</sup> In tal senso, PAJNO, S., (*L’integrazione comunitaria ... cit.*, p. 268 ss.) per il quale è proprio la consapevolezza della censurabilità di una singola norma comunitaria che spingerebbe la Corte di giustizia verso atteggiamenti maggiormente ricettivi delle irrinunciabili esigenze costituzionali, ai nostri fini poco importa se espresse mediante sentenze monito ovvero utilizzando altre tecniche decisorie o canali dialogici alternativi.

<sup>38</sup> In tal senso, si aderisce alla ricostruzione di RUGGERI, A., (*Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, in FERRARI, G.F., (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, p. 235) il quale, “scivolando dal piano della *teoria delle fonti* al piano della *teoria dell’interpretazione*” (p. 231), propugna “la regola (...) che non costringe al pur momentaneo sacrificio di questa o quella norma e di questo o quell’ordinamento bensì alla loro simultanea crescita e valorizzazione, quale può appunto aversi reinterpretando di continuo gli enunciati costituzionali o sopranazionali gli uni alla luce degli altri e riconoscendo, dunque, la loro naturale attitudine a caricarsi di nuovi sensi sotto la spinta e dietro le sollecitazioni provenienti *ab extra*” (p. 234).

<sup>39</sup> Ancora RUGGERI, A., *Prospettive metodiche ... cit.*, pp. 235-236.

ste alle domande di giustizia prodotte nella singola fattispecie sottoposta alla sua cognizione, si ritiene che le eventuali divergenze tra tutela comunitaria e nazionale in ordine ad un medesimo diritto fondamentale andrebbero risolte aderendo alla lettura “positiva” e “dinamica” dei controlimiti e, dunque, “mediante l’applicazione della norma che assicura al diritto “la miglior protezione”<sup>40</sup>, ossia di quella norma alla cui “costruzione” concorrono dialogicamente, determinandone dinamicamente il significato, le molteplici formulazioni normative e giurisprudenziali dei diversi livelli ordinamentali<sup>41</sup>. Solo nei casi in cui, per così dire in via sussidiaria, l’esito prefigurato risultasse oggettivamente irraggiungibile, allora le corti nazionali, auspicabilmente a seguito di un dialogo diretto con la Corte di giustizia instaurato in via pregiudiziale, potrebbero utilizzare i controlimiti nazionali in ragione del più esteso livello di protezione da essi offerto rispetto al quale una norma, ma anche una sentenza comunitaria dovessero palesarsi come una inaccettabile compressione.

Di qui, la complementarità sinergica nel rapporto tra il criterio della protezione più favorevole e le riserve al primato del diritto comunitario, queste ultime ponendosi al contempo come elemento di comparazione (proiettato dai giudici costituzionali nazionali) nel procedimento accertativo della protezione più estesa condotto a livello comunitario e, in sede nazionale, come oggetto di integrazione interpretativa-applicativa preordinata al medesimo fine di accordare più elevati livelli di tutela nonché quale suo eccezionale (pena la messa in discussione della tenuta complessiva del sistema comunitario), ma pur sempre possibile sussidiario corollario applicativo fondato unicamente sul diritto nazionale.

Alla luce di quanto precede, risulta evidente che in tale ambito del contesto comunicativo i processi dialogici sono alimentati da formule e presupposti i quali, interagendo e integrandosi vicendevolmente, presentano un contenuto omogeneo siccome operanti sul comune piano dei diritti fondamentali (e sul connesso bilanciamento tra i valori ad essi sottostanti) rispetto alla cui tutela esprimono inconfutabilmente esigenze di armonizzazione in un sistema di tutele giudiziarie articolato su più livelli ordinamentali. Considerando, inoltre, la loro natura di strumenti di integrazione operanti più sul piano contenutistico, sostanziale e valoriale che su quello squisitamente procedurale (quand’anche i due versanti comunicativi si presentino in un chiaro rapporto di strumentalità l’uno, quello procedurale, potendo costi-

---

<sup>40</sup> Così, AZZENA, L., *Prospettive evolutive* ... op. cit., p. 8.

<sup>41</sup> In tal senso, si ritiene di aderire alla lettura dei controlimiti nella sua versione “dinamica” e non anche in quella “statica” la quale, come è stato osservato (AZZENA, L., *ult. op. cit.*, p. 8), “impone la scelta (*aut aut*) tra la norma di protezione dell’uno o dell’altro ordinamento”. Sulla lettura “positiva” e “dinamica” dei controlimiti, cfr. RUGGERI, A., *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, in FERRARI, G.F. (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, p. 217 ss.

tuire un privilegiato canale di emersione del dialogo di “*tipo sostanziale*”<sup>42</sup>), si ritiene che anche per tale via le corti costituzionali, senza menomare il fondamentale ruolo dei giudici comuni nazionali e della Corte di giustizia, potrebbero recuperare un certo ruolo soprattutto (ma non solo) nelle problematiche questioni involgenti ad un tempo profili di compatibilità comunitaria e costituzionale di norme nazionali configurandosi quale principale polo comunicativo nazionale.

### § 3. L'uropeizzazione dei controlimiti: un nuovo (anzi rinnovato) presupposto del dialogo giudiziario

L'entrata in vigore dei trattati di riforma nel 2009 esprime chiaramente la volontà di rafforzare il dialogo giudiziario arricchendo il contesto comunicativo di nuovi e, per alcuni versi, maggiormente vincolanti criteri di raccordo tra le corti europee e nazionali nella consapevolezza che, nonostante i diversi (ed in alcuni casi fuorvianti) significati che allo stesso possono attribuirsi<sup>43</sup>, il peculiare sistema giudiziario multilivello configuratosi in Europa richiede ontologicamente punti di contatto infra e interordinamentali onde favorire un equilibrato rapporto ed una *pacifica convivenza* tra “universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle corti europee”. A fronte di ciò, prima di riflettere sui plausibili effetti dialogici discendenti dall'attribuzione alla Carta europea dei diritti fondamentali del medesimo valore giuridico dei trattati dell'Unione europea e dalla prescrizione in base alla quale quest'ultima aderisce alla CEDU, pare opportuna una verifica sulla persistente plausibilità o meno di alcune ipotesi ricostruttive dianzi formulate sulla base del diritto vigente pre-Lisbona.

Il complesso di disposizioni contenute nei trattati di riforma (TUE e TFUE)<sup>44</sup>, configuranti una serie di garanzie astrattamente idonee a rimuovere eventuali viola-

<sup>42</sup> Per riprendere la definizione di GUZZETTA, G., *Garanzia multilivello dei diritti e dialogo tra le corti nella prospettiva di un bill of rights europeo*, in D'ATENA, A., e GROSSI, P., (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, p. 159. L'A., tuttavia, conia tale espressione in riferimento alle “clausole di salvaguardia di tipo sostanziale” di cui all'art. 53 della Carta di Nizza contemplante la tecnica di garanzia della “protezione più estesa”; in tale sede, invece, siffatte clausole vengono in rilievo non tanto rispetto all'esito finale da esse perseguito (appunto quello della protezione più estesa – nazionale o comunitaria che sia – da accordare ai diritti), bensì in relazione alla loro natura di strumenti astrattamente idonei a favorire il dialogo intergiudiziale. Di qui, l'opzione in tale sede accolta di inserire negli strumenti che spingono al dialogo in una prospettiva sostanziale anche il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni e la dottrina dei controlimiti.

<sup>43</sup> Sulla necessità di distinguere, per un verso, i significati che assume il “dialogo” in relazione agli ordinamenti oggetto di indagine e, per altro verso, il *diritto straniero* dal *diritto comparato*, cfr. le stimolanti precisazioni di DE VERGOTTINI, G., *Oltre il dialogo tra le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, p. 1 ss.

<sup>44</sup> Ci si riferisce all'art. 2 TUE in base al quale “L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti

zioni dei diritti e dei valori fondamentali costituzionali, induce problematicamente a interrogarsi sulla plausibilità della ricostruzione effettuata tesa a riservare alle corti costituzionali o supreme nazionali un certo spazio d'azione nella tutela dei diritti e dei principi fondamentali espressi nelle rispettive costituzioni.

Ci si chiede infatti se il tentativo, che accomuna le suddette norme, di introiettare una serie di elementi giuridici propri degli ordinamenti nazionali nel diritto primario dell'Unione europea abbia come immediato corollario una esaltazione/mopolizzazione del ruolo della Corte di giustizia nella tutela degli stessi ed un definitivo accantonamento delle corti costituzionali anche in relazione ai diritti fondamentali nazionali. Siffatta lettura troverebbe conferma, in particolare, nella c.d. "europeizzazione"<sup>45</sup> dei controlimiti così come definita dall'art. 4 TUE di Lisbona in base al quale « L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale ».

Convertendo "in limite comunitario (...) un limite originariamente affermato solo in ambito interno"<sup>46</sup>, il rispetto dei principi fondamentali costituzionali che connotano le identità nazionali sarebbe (adeguatamente?) presidiato dalle garanzie eurounitarie rendendo superflui controlli ulteriori rispetto a quelli assicurati dalla Corte di giustizia. Più precisamente, dalla chiara volontà di contemperare il primato del diritto dell'UE (che a Lisbona, rispetto al trattato costituzionale del 2004, ha registrato un formale "declassamento" da "oggetto di una disposizione di principio ad enunciato di valore eminentemente dichiarativo"<sup>47</sup> pur non essendosene intaccata la sostanza) con la "europeizzazione" dei controlimiti potrebbe ritenersi esauto-

---

umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a una minoranza. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini". Analogamente, potrebbe dirsi per il rinnovato riferimento ai diritti fondamentali "risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" che "fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali" (art. 6, par. 3, TUE), così come per la clausola concernente il livello di protezione più estesa, riprodotiva delle medesime disposizioni della Carta di Nizza, alla quale l'art. 6, par. 1, espressamente rinvia, attribuendole il medesimo valore giuridico del trattato di riforma; senza considerare l'art. 61, par. 1, TFUE, in base al quale la realizzazione di "uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia" deve avvenire nel "rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti e tradizioni giuridiche degli Stati membri". Ma è soprattutto l'art. 4 TUE, come si dirà nel testo, che testimonia emblematicamente l'attenzione prestata dal trattato di riforma nei confronti delle costituzioni nazionali.

<sup>45</sup> Sulla europeizzazione dei controlimiti, analizzata in riferimento al trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa del 2004 che, come è noto, non è entrato in vigore a causa della mancata ratifica francese ed olandese, cfr. RUGGERI, A., *trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in STAIANO, S., (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, 2006, p. 827 ss.

<sup>46</sup> Così, RANDAZZO, A., *I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?*, in [www.forumcostituzionale.it/site/](http://www.forumcostituzionale.it/site/), pp. 7-8.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 7-8.

rato in tale ambito il ruolo delle corti costituzionali giacché eventuali violazioni di diritti e principi fondamentali costituzionali piuttosto che in sede nazionale dovrebbero essere accertate direttamente dalla Corte di giustizia con il conseguente annullamento dell'atto comunitario derivato contestualmente lesivo di un principio fondamentale del diritto primario eurounitario ovvero acconsentendo, mediante pronunce interpretative, a limitazioni di una libertà fondamentale europea poste in essere dalle autorità nazionali in nome di un valore proprio delle identità costituzionali degli Stati di appartenenza.

Per quanto legittima, tale ricostruzione, attribuendo alla disposizione in esame una *ratio* escludente piuttosto che includente, sembra unicamente preoccuparsi di superare i residui ed eccezionali vincoli posti in ambito nazionale alla superiorità ed alla interpretazione ed applicazione uniforme del diritto dell'Unione europea, trascurando per contro la peculiarità del bene da tutelare. In fondo, soprattutto (ma non solo) per i diritti fondamentali che postulano l'adesione a determinati valori piuttosto che ad altri (si pensi ad esempio alla diversa portata che può assumere il diritto di costituire una famiglia, ovvero alla questione dell'aborto) rispetto ai quali non è dato registrare negli ordinamenti nazionali una piena e generalizzata condivisione, "costituisce (...) un arricchimento – e non uno svantaggio – il fatto che [su di essi] vigilano non solo la Corte di giustizia e il tribunale di primo grado, ma anche le corti costituzionali o supreme degli Stati membri, e, nell'ambito delle proprie competenze, la Corte europea dei diritti dell'uomo"<sup>48</sup>.

In tale prospettiva, ogni giurisdizione "si farà infatti portatrice della tutela di quel « nocciolo duro » di valori proprio e peculiare dell'ordinamento cui appartiene, con un meccanismo di vigilanza reciproca"<sup>49</sup>. Si concorda, pertanto, con chi ritiene auspicabile non "rinunciare a quella sorta di « freno di emergenza » costituito dalla resistenza ultima di un nocciolo inderogabile di valori fondamentali delle singole costituzioni, e della connessa vigilanza da parte delle corti costituzionali o supreme degli Stati membri"<sup>50</sup>. Certo, rimarrebbe invariata la possibilità che qualche divergenza possa darsi (arrecando in tal modo pregiudizio limitatamente al caso di specie alla fondamentale esigenza di uniformità nella interpretazione ed applicazione del diritto comunitario); ma tale evenienza non necessariamente finirebbe per arrecare nocimento alle situazioni giuridiche soggettive implicate nelle singole controversie le quali, anzi, potrebbero trarne giovamento per effetto di un più esteso livello di tutela accordato; in tal senso, la prospettiva da assumere, vista anche l'infinita varietà di fattispecie che nella prassi può registrarsi sia negli elementi in fatto che in diritto, non è tanto quella di definire una volta per tutte il punto di chiusura nel si-

---

<sup>48</sup> In tal senso, ROSSI, L.S., *Supremazia del trattato costituzionale europeo o delle Costituzioni nazionali?*, in GAMBINO, S., (a cura di), *trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006, p. 277.

<sup>49</sup> Così, ROSSI, L.S., *Supremazia del trattato ... cit.*, pp. 277-278.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 274-275.

stema giudiziario multilivello quanto quella di conseguire la soluzione più idonea e congrua rispetto al caso di specie che tenga anche in debito conto le complessive esigenze per così dire “di sistema”<sup>51</sup> che ogni ordinamento giuridico esprime.

Pertanto, se il profilo innovativo della “europeizzazione” dei controlimiti va auspicabilmente rinvenuto nella logica di inclusione piuttosto che nella opposta ed angusta prospettiva escludente, si ritiene che il portato della stessa consiste in un ampliamento del novero dei soggetti giudiziari preposti a definire la portata interpretativa ed applicativa delle riserve costituzionali fino ad allora monopolisticamente enucleate e custodite dalle corti costituzionali nazionali; il che, richiamando gli itinerari argomentativi dianzi seguiti, presupporrebbe che anche il giudice comunitario, dando prova di una volontaria attitudine cooperativa<sup>52</sup> rispetto al nuovo (anzi rinnovato) presupposto dialogico, attivasse tale strumento di integrazione onde *correttamente* esigere il rispetto di un principio fondamentale del diritto primario UE facendo riferimento (esplicitamente o tacitamente) alle giurisprudenze costituzionali autenticamente espressive del contenuto irrinunciabile delle identità costituzionali degli Stati di rispettiva appartenenza.

Invero, deve precisarsi che l'organo giurisdizionale europeo, già prima dell'entrata in vigore della clausola dialogica in esame, ha dato prova di una certa sensibilità rispetto ai principi e valori costituzionali degli Stati membri; infatti, nell'ampia casistica giurisprudenziale, non mancano esempi in cui la Corte di giustizia ha riconosciuto l'esigenza di garantire, date certe condizioni, le identità costituzionali nazionali degli Stati membri giungendo, a seguito di un complesso bilanciamento tra queste ultime e i principi e le libertà fondamentali europee, ad accordare la prevalenza ai diritti garantiti in via peculiare dalla Costituzione nazionale<sup>53</sup>.

Più precisamente, accordando un più ampio margine di discrezionalità agli Stati membri in presenza di una concezione non comunemente condivisa dagli

---

<sup>51</sup> Tale impostazione che esprime la preoccupazione per le esigenze soggettive venute in rilievo nel caso di specie il cui soddisfacimento non deve tuttavia pregiudicare il complessivo sistema dei beni costituzionalmente protetti (siano essi diritti di terzi o interessi pubblici o comunque di matrice superindividuale), pare essere stata accolta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 317 del 2009 resa a proposito dei rapporti tra legge ordinaria-CEDU-Costituzione. Sul punto, cfr. RUGGERI, A., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>52</sup> Al riguardo, autorevole dottrina, esprimendo la fondata preoccupazione per una congrua e corretta applicazione di tale parametro dai contorni alquanto sfumati, ha anzi auspicato, in una prospettiva *de iure condendo*, la previsione di un rinvio pregiudiziale “rovesciato” sulla scorta del quale, prima di pronunciarsi su un presunta violazione del principio fondamentale in esame, dovrebbe porre una questione interpretativa alle corti costituzionali degli Stati membri interessati sul significato e sul contenuto del controlimite venuto in rilievo nella controversia innanzi ad essa pendente. Così, RUGGERI, A., *Riforma del Titolo V e giudizi di « comunitari età » delle leggi*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, p. 459 ss.

<sup>53</sup> Per una sintetica quanto efficace ricostruzione delle controversie risolte dal giudice comunitario nel senso indicato nel testo, cfr. MORBIDELLI, G., *Corte costituzionale e corti europee ... cit.*, p. 19 ss.

stessi “rispetto al livello o alle modalità di (...) tutela” di un dato valore costituzionale, la Corte di giustizia finisce essa stessa per “apprestare una tutela effettiva a tale valore, che diventa quindi oggetto di protezione diretta da parte dello stesso ordinamento sovranazionale”<sup>54</sup>.

La positivizzazione nel diritto primario dell’Unione europea di tali soluzioni (ricondotte da una parte della dottrina alla “nuova attitudine post-allargamento della giurisprudenza comunitaria”<sup>55</sup>) potrebbe essere di ausilio nell’affermazione di un vero e proprio orientamento giurisprudenziale che al momento tuttavia non è dato registrare nell’attività della Corte di giustizia trattandosi di significativi ma ancora isolati casi definiti in nome, si potrebbe dire, delle identità costituzionali nazionali. Nondimeno, nonostante l’ipotesi testé formulata la cui concretizzazione di certo non può dirsi scontata, permane la necessità, anche in ragione delle osservazioni precedentemente fatte, che le corti costituzionali nazionali continuino a rimanere parte potenzialmente integrante nella tutela del nucleo duro dei rispettivi ordinamenti costituzionali concorrendo contestualmente nella “rete” giudiziaria europea alla definizione e all’evoluzione del processo di integrazione europea mediante le diverse modalità di utilizzo dei controlimiti nazionali.

#### § 4. Le conseguenze della Carta europea dei diritti fondamentali (quale *ius cogens*) sul dialogo (esclusivo?) tra giudici comuni e Corte di giustizia: ovvero del (presunto) tramonto delle corti costituzionali?

Si è già osservato che con l’entrata in vigore del trattato di Lisbona (il 1 dicembre 2009) la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea ha acquisito, in base all’art. 6.1 del TUE, il medesimo valore giuridico dei trattati mettendo così fine al lungo dibattito ed alle passate incertezze in ordine alla sua natura di atto vincolante o meno. Ciò, a ben vedere, consiglierebbe una rilettura degli strumenti di in-

---

<sup>54</sup> In tal senso POLLICINO, O. - SCIARABBA, V., *La Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), i quali a conferma di tale “strategia argomentativa” del giudice lussemburghese richiamano le soluzioni escogitate dallo stesso nei casi *Omega* (sentenza del 14 ottobre 2004) e *Dinamic Medien Vertriebs GmbH* (sent. del 14 febbraio 2008), p. 58 ss.

<sup>55</sup> Così POLLICINO, O. - SCIARABBA, V., *La Corte europea dei diritti ... op. cit.*, p. 62 per i quali l’ingresso nell’UE di nuovi Stati membri “a forte vocazione identitaria” (p. 58) non poteva che riflettersi in un maggiore *self restraint* della Corte di giustizia la quale non avrebbe potuto semplicisticamente sacrificare “sull’altare del *majoritarian activism approach*, né tanto meno in nome della supremazia assoluta del diritto comunitario sul diritto nazionale” (p. 58) le richieste di riconoscimento identitario “provenienti (...) anche dai paesi dell’Europa centro-orientale” (p. 61). D’altronde, altri autori non mancano di sottolineare come alcuni orientamenti della Corte di giustizia sembrerebbero invece esprimere una sorta di “colonialismo giurisprudenziale”. In tal senso, CARTABIA, M., *L’ora dei diritti fondamentali*, in CARTABIA, M., (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, p. 57.



tegrazione (operanti sul piano procedurale e contenutistico valoriale) passati in rassegna ridefinendone i relativi rapporti alla luce del carattere per così dire dialogicamente trasversale assunto dalla Carta europea dei diritti in quanto *jus cogens*. Non-dimeno, dopo avere affermato in via generale che il valore giuridico vincolante della stessa permea il complessivo contesto comunicativo sommariamente delineato (amplificando o attenuando la portata degli strumenti in esso operanti), in tale sede ci si limiterà in particolare alle conseguenze dialogiche discendenti direttamente dalla sua natura di *jus cogens* e, di riflesso, dalla sua apertura/applicabilità allo strumento del rinvio pregiudiziale (anche nella prospettiva dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU) con tutto ciò che potrebbe a sua volta conseguirne in ordine alla ridefinizione dei rapporti tra i diversi organi della rete giudiziaria europea con particolare riferimento al rischio di scavalco delle carte dei diritti e corti costituzionali nazionali.

Innanzitutto, la vincolatività della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in sé considerata, unitamente alle spiegazioni aggiornate<sup>56</sup> tese a fornire un ausilio nell'interpretazione delle sue disposizioni, costituiscono elementi incentivanti/obbliganti il dialogo intergiudiziale imponendo agli interpreti (in particolare ai giudici nazionali, ma nella prospettiva dell'adesione anche alla Corte di Strasburgo) “non solo la compiuta conoscenza delle sue norme, ma anche l'approfondimento su quali ne siano gli ormai diffusi canoni interpretativi”<sup>57</sup>. Ciò inevitabilmente finirà per produrre (e già in parte produce) un *effetto moltiplicatore* sulle occasioni di dialogo con la Corte di giustizia in funzione non solo della portata da attribuire alle disposizioni della Carta che riconoscono diritti e principi fondamentali ma ancor prima in relazione alle condizioni di applicabilità della stessa.

Infatti, il primo (ed invero non poco rilevante) nodo problematico da sciogliere concerne proprio l'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea la cui disciplina è contenuta nelle disposizioni generali della stessa. Come noto, all'avvertita preoccupazione di precludere alla Carta l'effetto di alterare il riparto di competenze tra gli Stati membri e l'Unione europea estendendo l'ambito di applicazione del diritto eurounitario al di là delle competenze stabilite nei trattati ha fatto eco la previsione di un doppio limite: il primo, contemplato nell'art. 51, par. 1, circoscrive il controllo di compatibilità con la Carta europea dei diritti (oltre che agli atti europei derivati) ai soli atti normativi nazionali posti in essere in “attuazione” del diritto dell'Unione europea; il secondo, previsto nel successivo par. 2 del medesimo articolo<sup>58</sup>, preclude la possibilità di utilizzare le dispo-

---

<sup>56</sup> *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in GUUE 14 dicembre 2007 C-303. Sulla genesi ed il contenuto delle spiegazioni, cfr. SCARABBA, V., *Le « spiegazioni » della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2005, p. 59 ss.

<sup>57</sup> Così, LUPO, E., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2010 del Primo Presidente della Corte di Cassazione*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), p. 70.

<sup>58</sup> ... ed ossessivamente ribadito nella dichiarazione n. 1 sulla Carta, nell'art. 6, par. 1, TUE e nel protocollo n. 30 relativo all'applicazione della Carta alla Polonia ed al Regno Unito.

zioni della Carta alla stregua di basi giuridiche legittimanti le istituzioni europee ad esercitare competenze o compiti nuovi al di là di quelli espressamente definiti nei trattati<sup>59</sup>.

Ciò detto, è appena il caso di ricordare che le previsioni appena richiamate inegabilmente riproducono una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia tesa a verificare il rispetto dei diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento dell'Unione europea non solo nei confronti degli atti delle istituzioni europee, ma anche di quelli nazionali a condizione che rientrino nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione<sup>60</sup>. Meno certo è se esse siano in completa sintonia con la tendenza della Corte di giustizia ad interpretare molto estensivamente le disposizioni comunitarie al fine di dimostrare la sussistenza di un qualche collegamento con esse del diritto nazionale creandosi in tal modo il presupposto del sindacato di quest'ultimo; con specifico riferimento al par. 1 dell'art. 51, è stato opportunamente osservato che "il tenore letterale di questa disposizione è all'apparenza restrittivo rispetto all'orientamento della Corte di giustizia in materia.

Il riferimento agli atti nazionali di « attuazione del diritto dell'Unione » potrebbe, infatti, essere interpretato nel senso di escludere la possibilità – per la Corte di giustizia come per i giudici nazionali – di verificare la compatibilità con la Carta di quegli atti nazionali che, pur non essendo adottati in esecuzione del diritto dell'Unione europea, ricadono nell'ambito di applicazione dello stesso secondo uno (dei) criteri di collegamento individuati – e, eventualmente, individuabili – dalla Corte<sup>61</sup>. di Lussemburgo. Se le spiegazioni aggiornate della Carta conforterebbero una lettura dell'art. 51 pienamente in linea con la pregressa giurisprudenza lussemburghese in materia nel senso di estendere l'applicabilità della Carta ad atti nazionali diversamente sottratti dal sindacato della Corte qualora si accedesse ad una interpretazione restrittiva della nozione di « attuazione », cionondimeno le difficoltà interpretative dello stesso permangono soprattutto nelle fattispecie in cui rilevano contestualmente sia il par. 1 che il par. 2 del medesimo art. 51 rispetto alle quali possono conseguirsi esiti interpretativi differenziati a seconda che l'accento si ponga in maggiore o minore misura sulla necessità di rispettare rigidamente la ripartizione verticale di competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri piuttosto che sul raggio d'azione della Carta in sé considerato<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Sul punto, cfr. ZILLER, J., *Il nuovo assetto dei diritti nei trattati europei dopo Lisbona*, in *La cittadinanza europea*, 2011, il quale opportunamente traccia una distinzione tra la nozione di base giuridica e quella, "più generica, di « ambito di applicazione del diritto UE »" (pp. 70-71).

<sup>60</sup> Per una ricostruzione della giurisprudenza europea in materia, cfr., fra i tanti, NAPOLETANO, N., *La nozione di « campo di applicazione del diritto comunitario » nell'ambito delle competenze della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 680 ss.

<sup>61</sup> In tal senso, LAZZERINI, N., *Il controllo della compatibilità del diritto nazionale con la Carta dei diritti fondamentali secondo la sentenza McB*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2011, p. 145.

<sup>62</sup> Infatti, come si evince da un recente vicenda culminata con la sentenza *McB* del 2010, la proposta interpretativa avanzata dall'avvocato generale rispetto ai primi due paragrafi dell'art. 51 era di segno

Ad ogni modo, la varietà dei casi oggetto di cognizione nelle diverse sedi giudiziarie rende estremamente arduo tracciare astrattamente una netta e definitiva linea di confine tra le situazioni puramente interne (rispetto alle quali risulta inapplicabile la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e quelle rispetto alle quali è dato registrare (poco importa se a seguito di operazioni interpretative estensive/creative) un collegamento con il diritto dell'Unione europea; tale circostanza pone dunque la preliminare questione di sciogliere il problematico nodo delle condizioni e dei presupposti di applicabilità della Carta rispetto al quale presenta una rinnovata centralità il "circuito interpretativo" della rete giudiziaria europea (e dunque l'ineludibile dialogo tra i soggetti in essa operanti tra i quali non possono non annoverarsi le corti costituzionali nazionali come si avrà modo di osservare in seguito) siccome preordinato ad apprestare concretamente le garanzie da essa astrattamente predisposte a fronte delle variabili istanze di tutela invocate dai cittadini europei.

Se poi si considera, per arricchire il quadro di alcuni soltanto dei nodi problematici rilevati in dottrina<sup>63</sup>, la distinzione fra diritti e principi – rispettati e osservati – tracciata dal medesimo art. 51 della Carta, ovvero la problematica ricostruzione del rapporto tra i principi generali del diritto comunitario, i principi generali e i principi contenuti nella Carta europea dei diritti e della rispettiva efficacia negli ordinamenti nazionali, trova allora inconfutabilmente conferma la centralità dell'attività interpretativa giudiziaria non solo nell'accertamento delle condizioni di applicazione della stessa a seconda della sussistenza o meno nei casi di specie di un legame del diritto nazionale con il diritto europeo ma anche in relazione a "come" e a "chi" deve applicare la Carta (se i giudici comuni nazionali mediante disapplicazione della normativa nazionale con essa contrastante ovvero anche la Corte costituzionale nell'ambito di giudizi di costituzionalità instaurati ai sensi degli artt. 11 e 117, 1 co., cost.). Rispetto ai rilevanti nodi problematici richiamati, preme sottolineare la trasversalità del rinvio pregiudiziale attraverso cui può incanalarsi l'attività interpretativa nel circuito giudiziario europeo. Infatti, è innegabile che la soluzione ai tanti problemi posti dalla Carta passa, in prima battuta, dai giudici comuni nazionali il cui ruolo propulsivo risulta sempre più rilevante ove si consideri l'apertura del rinvio pregiudiziale alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>64</sup>. In tale prospettiva, le conseguenze dialogiche del carattere vincolante della Carta europea dei diritti discendono anche dal maggiore utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici comuni nazionali i quali, come si evince a poco meno di due anni dall'entrata

---

diverso rispetto a quella adottata dal giudice europeo. A commento delle differenze argomentative tra le conclusioni dell'avvocato generale e la soluzione prescelta dalla Corte di giustizia nel caso richiamato, cfr. LAZZERINI, N., *Il controllo della compatibilità ... op. cit.*, p. 154 ss.

<sup>63</sup> Sul punto, tra gli altri, BIGNAMI, M., *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in *www.rivistaaic.it*, 2011, p. 19 ss.

<sup>64</sup> In tal senso, ZILLER, J., *Il nuovo assetto dei diritti ... op. cit.*, p. 80 ss.

in vigore dei trattati di riforma, sempre più frequentemente prospettano quesiti concernenti la portata da attribuire ai diritti fondamentali previsti dalla Carta spingendosi, in alcuni casi<sup>65</sup>, ad interrogare il giudice di Lussemburgo se la protezione di un diritto fondamentale eurounitario sia più estesa di quella offerta dalla CEDU ad un diritto corrispondente in tal modo sopperendo alla impossibilità per essi di dialogare direttamente con la Corte EDU.

Pertanto, se già in precedenza l'istituto del rinvio pregiudiziale ha rappresentato il principale canale comunicativo tra la Corte dell'Unione europea e quelle nazionali configurandosi alla stregua di strumento tipico dell'integrazione giuridica europea<sup>66</sup> funzionale tanto alle esigenze dell'Unione europea, sub specie di garanzia di interpretazione ed applicazione uniforme del diritto comunitario, quanto a quelle dei singoli ai fini di una effettiva tutela delle situazioni giuridiche ad essi riconosciute dall'ordinamento sovranazionale<sup>67</sup>, si ritiene che nello scenario attuale (caratterizzato da un sistema di tutela dei diritti sempre più complesso<sup>68</sup>) la conseguente crescita quantitativa e qualitativa delle questioni pregiudiziali risulti a maggior ragione determinante

---

<sup>65</sup> Sul punto, cfr. ROSAS, A. e KAILA, H., *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de justice: un premier bilan*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, pp. 23-24. Sulle ipotesi da ultimo richiamate nel testo, può inoltre osservarsi che i quesiti pregiudiziali in tal modo formulati si fondano anche sull'art. 52, par. 3, della Carta il quale, a ben vedere, incentiva non solo il dialogo della Corte di giustizia con la Corte EDU, per effetto della individuazione nella CEDU di uno standard minimo di protezione, ma anche quello dei giudici nazionali con il giudice di Lussemburgo potendo quest'ultimo offrire un grado di protezione più esteso rispetto a quello che la CEDU appresta ad un diritto in essa previsto e che trova corrispondenza nella Carta di Nizza/Strasburgo. In tal senso, pare di poter affermare che il perfezionamento della procedura di adesione alla CEDU potrà anche per tale via incentivare ulteriormente il dialogo circolare tra i diversi giudici europei e nazionali.

<sup>66</sup> Sul punto, RASMUSSEN, H., *Remedying the crumbling EC Judicial System*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1071.

<sup>67</sup> Sul processo di mutua alimentazione tra esigenze di effettività del diritto comunitario ed esigenze riconducibili al sistema di garanzie dei diritti fondamentali, cfr. CHITI, M.P., *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003, il quale precisa: "Che poi il sistema comunitario abbia la particolarità di "utilizzare" il singolo anche in funzione dell'effettività del diritto comunitario, nulla toglie alla circostanza che gli strumenti di controllo e garanzia sono ormai pienamente configurati ai fini di protezione delle situazioni giuridiche soggettive" (p. 320).

<sup>68</sup> Sul processo di mutua alimentazione tra esigenze di effettività del diritto comunitario ed esigenze riconducibili al sistema di garanzie dei diritti fondamentali, cfr. CHITI, M.P., *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003, il quale precisa: "Che poi il sistema comunitario abbia la particolarità di "utilizzare" il singolo anche in funzione dell'effettività del diritto comunitario, nulla toglie alla circostanza che gli strumenti di controllo e garanzia sono ormai pienamente configurati ai fini di protezione delle situazioni giuridiche soggettive" (p. 320).

<sup>68</sup> Come ha avuto modo di rilevare recentemente anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 80 del 2011 nella quale si fa menzione di un sistema sempre più complesso di tutela dei diritti fondamentali siccome articolato sulla Carta di Nizza/Strasburgo, sulla CEDU e sui principi generali del diritto dell'UE. Ove peraltro si osservi che anche le Costituzioni nazionali concorrono ad apprestare tutela ai diritti fondamentali, allora non si può che convenire con l'affermazione della Corte costituzionale in ordine alla maggiore complessità del sistema di tutela dei diritti fondamentali.

per la contestuale soddisfazione delle stesse<sup>69</sup> ponendosi per ciò stesso quale strumento privilegiato di penetrazione negli ordinamenti nazionali delle statuizioni normative sui diritti fondamentali della Carta dell'Unione europea che solo in tal modo potranno divenire patrimonio comune delle giurisdizioni nazionali e delle persone (fisiche ma anche giuridiche) che ne rivendicano il rispetto.

Prescindendo in tale sede dal notevole impulso (ma anche dagli ulteriori nodi problematici<sup>70</sup>) che l'adesione dell'Unione europea alla CEDU a nostro avviso produrrà sui giudici comuni a dialogare con la Corte di giustizia anche per il tramite della pregiudiziale di validità onde accertare il rispetto della CEDU da parte di un atto delle istituzioni europee, risulta dunque evidente l'accentuazione del protagonismo dei giudici comuni nazionali anche in materia di diritti fondamentali per effetto della superiorità e della vincolatività della Carta europea dei diritti fondamentali (ovviamente nelle sue norme dotate di effetto diretto) che si porrebbero all'origine di un controllo diffuso di "europeità" sotto l'egida centralizzata del giudice lussemburghese sempre più frequentemente chiamato a scendere in campo per il tramite del rinvio pregiudiziale.

Infatti, come pacificamente riconosciuto dalla dottrina che si è occupata del tema, la consacrazione a livello dell'Unione europea di un catalogo scritto e vincolante di diritti e principi fondamentali potrebbe imprimere un'ulteriore spinta al processo, da tempo in atto, di parziale identificazione del rinvio pregiudiziale con un "incidente di costituzionalità, sotto diverso nome, diverso parametro, e diverso giudice"<sup>71</sup> alimentando ulteriormente la consolidata tendenza della Corte di giustizia ad esperire un sindacato (accentrato) indiretto sulle norme nazionali in tal caso sulla base di un parametro (appunto la Carta europea dei diritti) dal contenuto per molti versi corrispondente a quello dei cataloghi costituzionali dei diritti fondamentali.

Alla luce di quanto precede, ci si interroga problematicamente se e in che misura residuerà un certo spazio d'azione nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali per le corti costituzionali nazionali e per le rispettive costituzioni. Se l'ulteriore incremento di competenze in materia da parte del "duetto" Corte di giustizia-giudici comuni nazionali sembrerebbe consacrare definitivamente il tramonto delle corti costituzionali nel loro ruolo di giudici dei diritti fondamentali (quantomeno di quelli che trovano corrispondenza in disposizioni della Carta di Nizza/Strasburgo e, probabilmente anche nella CEDU allorquando si perfezionerà l'adesione alla stessa da parte dell'Unione europea<sup>72</sup>), cionondimeno, ad esiti parzialmen-

---

<sup>69</sup> Sulle molteplici *virtù* funzionali del rinvio pregiudiziale, sia consentito rinviare a GERBASI, G., *Forme e strumenti del (necessario) dialogo* ... op. cit., p. 64 ss.

<sup>70</sup> ... per l'analisi dei quali si rinvia a TIZZANO, A., *Les Cours européennes* ... op. cit., p. 29 ss.

<sup>71</sup> Così POLLICINO, O. - SCIARABBA, V., *La Corte europea dei diritti* ... op. cit., p. 44.

<sup>72</sup> In tal senso, l'adesione dell'UE alla CEDU potrebbe produrre conseguenze significative sull'impostazione accolta dalla Corte costituzionale nelle due sentenze gemelle del 2007 nelle quali, come è noto, ha escluso che i giudici comuni possano disapplicare una norma nazionale contrastante con la

te diversi potrebbe pervenirsi (restringendo l'analisi all'ordinamento costituzionale italiano) a fronte di una rivisitazione dell'utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale italiana ed ove si consideri la varietà di fattispecie involgenti (direttamente, indirettamente o *apparentemente*) le situazioni giuridiche soggettive di origine (anche) eurounitaria.

Intanto, a fronte delle difficoltà dianzi richiamate di tracciare con certezza i confini dell'ambito applicativo della Carta europea, si ritiene che anche la Corte costituzionale possa contribuire a chiarirne la portata applicativa in relazione ai singoli casi prospettati talora in funzione cooperativa con i giudici remittenti<sup>73</sup> ma se del caso anche nell'ambito di un giudizio per conflitto di attribuzione qualora i giudici comuni nazionali (frapponendosi all'esercizio del controllo di costituzionalità) non riescano a sottrarsi alla tentazione (dettata magari anche da esigenze di celerità processuale) di tenere in disparte una norma nazionale applicando una norma eurounitaria in una fattispecie puramente interna priva di alcun legame con il diritto sovranazionale ovvero nelle ipotesi in cui a venire in rilievo è un diritto contemplato nella Carta europea la quale tuttavia rinvia alle leggi e prassi nazionali per la disciplina delle modalità del suo esercizio. Indicazioni in tal senso, sia pur evincibili in senso negativo, sono rinvenibili in alcune pronunce con le quali il giudice costituzionale esclude, *unicamente* con riferimento al giudizio posto alla sua cognizione, la necessità di « affrontare i problemi che l'entrata in vigore del trattato pone nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione e degli ordinamenti nazionali, specialmente con riguardo all'art. 51 della Carta, che ne disciplina l'ambito di applicazione »<sup>74</sup>. Il che lascia implicitamen-

---

CEDU dovendo in tali ipotesi demandare la soluzione del contrasto ad un giudizio di costituzionalità promosso in via incidentale. Infatti, sul punto non sono prive di rilievo le precisazioni fatte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 80 del 2011 (in relazione al novellato art. 6 TUE nonché alle modalità operative conseguenti, sul piano interno, alla prevista adesione dell'UE alla CEDU) in base alle quali, come è stato osservato, « la CEDU potrebbe trovare applicazione diretta (*ex art. 11 cost.*) solo nei casi in cui i precetti di quest'ultima che vengono in rilievo nel caso concreto riguardino materie di competenza non prettamente statale, ma rientrino tra le competenze dell'Unione e che si dia sostanziale coincidenza tra la CEDU stessa e la Carta di Nizza-Strasburgo o altra norma dell'Unione ». Così, sia pur con rilievi critici rispetto alla prefigurazione di questo scenario, RANDAZZO, A., *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, p. 6.

<sup>73</sup> Cfr. la recente sentenza n. 80 del 2011 nella quale la Consulta dopo avere ricostruito, in coerenza alla giurisprudenza della Corte di giustizia, il « presupposto di applicabilità della Carta di Nizza », afferma che « Nel caso di specie – attinente all'applicazione di misure personali e patrimoniali *ante o praeter delictum* – detto presupposto difetta: la stessa parte privata, del resto, non ha prospettato alcun tipo di collegamento tra il *thema decidendum* del giudizio principale e il diritto dell'Unione europea » (par. 5.5.).

<sup>74</sup> Cfr. sentenza n. 138 del 2010 in materia di unione di persone dello stesso sesso nella quale il giudice costituzionale apprezzabilmente aggiunge che « ai fini della presente pronuncia si deve rilevare che l'art. 9 della Carta nell'affermare il diritto di sposarsi rinvia alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio ».

te presumere che la Corte possa occuparsene nei casi in cui tali problemi dovessero sussistere<sup>75</sup>.

Sempre nel quadro dei limiti posti all'ambito applicativo della Carta ed anzi proprio in ragione di un sia pur mobile spartiacque tra situazioni puramente interne e controversie nelle quali è dato invece ravvisare un fattore di collegamento con il diritto dell'Unione, non pare possa ritenersi esautorato (essendo anzi vieppiù indispensabile) il ruolo del giudice costituzionale riguardo all'annosa problematica delle "discriminazioni a rovescio", in gran parte scaturenti dalla impossibilità di estendere ai soggetti rientranti nelle prime un regime di garanzie eurounitario dei diritti e delle libertà più favorevole applicabile invece alle seconde (pur in presenza, in ipotesi, di fattispecie strutturalmente identiche). Infatti, a fronte del tradizionale "atteggiamento agnostico" assunto sostanzialmente dal giudice lussemburghese (sia pur corretto da un più recente "orientamento « espansivo »... in materia di situazioni puramente interne"<sup>76</sup>), le discriminazioni alla rovescia possono trovare un qualche rimedio unicamente negli ordinamenti nazionali, o mediante apposite leggi statali<sup>77</sup> estensive alle fattispecie interne del regime giuridico più favorevole accordato dall'ordinamento dell'Unione europea, ovvero, più frequentemente, per effetto di una pronuncia di incostituzionalità con la quale la Corte costituzionale, investita della questione in via incidentale, censura la legge nazionale da cui trae origine la disparità per violazione del principio di eguaglianza (di cui all'art. 3 della Costituzione)<sup>78</sup>; in tal modo, il giudice costituzionale, applicando per il tramite degli artt. 3, 11 ed ora anche 117, 1 co. cost. il diritto euro-unitario più favorevole anche alle si-

---

<sup>75</sup> Come si evince dalla recente sentenza n. 80 del 2011 nella quale la Corte costituzionale, seguendo gli itinerari argomentativi da tempo estensivamente tracciati in materia dal giudice di Lussemburgo piuttosto che la restrittiva formulazione letterale di cui all'art. 51 della Carta, ha sia pur incidentalmente affermato che « Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è (...) che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto » (punto 5.5).

<sup>76</sup> Sul punto, cfr., da ultimo, ARENA, A., *I limiti della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in presenza di situazioni puramente interne: la sentenza Sbarigia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, pp. 209 ss., il quale nel ricostruire i diversi orientamenti giurisprudenziali in materia (tradizionale, espansivo e mediano) evidenzia comunque il tentativo della Corte lussemburghese di farsi gradualmente carico, sia pur con diversità di accenti, del problema delle discriminazioni alla rovescia siccome avente una matrice sovranazionale.

<sup>77</sup> Cfr., ad esempio, nell'ordinamento italiano l'art. 14*bis* della legge n. 11 del 2005, introdotto dall'art. 6, co. 1, lett. *d*) della legge n. 88 del 2009 (Legge comunitaria 2008), significativamente rubricato « Parità di trattamento ».

<sup>78</sup> Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia, cfr. NASCIMBENE, B., *Le discriminazioni all'inverso: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2007, pp. 717 ss.

tuazioni prive di ogni collegamento con lo stesso, finisce per equiparare il trattamento giuridico delle due categorie di fattispecie.

Se poi si considera che, in forza di una consolidata giurisprudenza costituzionale, il potere/dovere del giudice comune nazionale di disapplicare una norma nazionale ricorre nei soli casi di contrasto con una norma comunitaria direttamente applicabile (o comunque dotata di effetto diretto) spettando per contro al rimedio caducatorio della Corte costituzionale la risoluzione dei conflitti con le norme europee prive di tale effetto, ne consegue che anche a seconda del carattere proprio delle norme europee che vengono in rilievo nelle diverse controversie giudiziarie è possibile registrare l'intervento del giudice costituzionale.

A partire dalla celeberrima sentenza *Granital* (n. 170/1984), la giurisprudenza costituzionale successiva ed anche quella più recente ha sempre confermato tale impostazione nei rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale in relazione al primato ed alla diretta applicabilità o meno delle norme comunitarie nonché dei relativi rapporti con le norme nazionali. Nondimeno, è solo a seguito della riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione, che come noto affianca al « sicuro fondamento » della partecipazione italiana al processo di integrazione europea (da sempre ricondotto dalla Consulta all'art. 11 della Costituzione) il limite dei « vincoli comunitari » (e degli « obblighi internazionali ») all'esercizio della funzione legislativa (*ex art. 117, 1 co. cost.*), che il giudice costituzionale è stato sollecitato ad affrontare direttamente il problema del contrasto tra le norme nazionali e quelle europee non dotate di effetti diretti nel diverso ambito dei giudizi di costituzionalità promossi in via incidentale<sup>79</sup>.

Infatti, investito recentemente di questioni di legittimità costituzionale, sollevate ai sensi degli artt. 11 e 117, 1 co. cost., concernenti leggi nazionali presuntivamente ritenute in contrasto con norme dell'Unione europea non direttamente applicabili e comunque inidonee a produrre effetti diretti, il giudice costituzionale ha innanzitutto precisato di potere entrare nel merito della questione solo dopo avere verificato l'impossibilità per il giudice nazionale di comporre il conflitto sul piano interpretativo ovvero, ed in via sussidiaria, mediante la disapplicazione della norma nazionale in ragione della inidoneità della norma europea a fornire la « regola » applicabile al caso di specie siccome non dotata di effetti diretti<sup>80</sup>. Senza poterci ora

---

<sup>79</sup> Va precisato che, al di là dei casi in cui la Corte costituzionale ha affermato a mo' di *obiter dictum* la sua competenza a sindacare norme nazionali contrastanti con norme europee prive di effetto diretto, è solo con la sentenza n. 28 del 2010 che, nell'ambito di un giudizio di costituzionalità promosso in via incidentale, il giudice costituzionale italiano per la prima volta ha dichiarato incostituzionale una norma legislativa nazionale in quanto contrastante con una direttiva comunitaria non *self-executing* concernente la definizione ed il trattamento dei rifiuti.

<sup>80</sup> Sulla necessaria sussistenza dei due presupposti richiamati ai fini della corretta promozione di un incidente di costituzionalità si sofferma da ultimo la Consulta nel par. 7.1 della sentenza n. 227 del 2010 con la quale, sulla base degli artt. 11 e 117, 1 co. cost., ha dichiarato l'illegittimità di una disposizione della legge n. 69 del 2005 attuativa della decisione-quadro del 2002 (relativa al mandato d'arresto



interrogare se, nei casi in cui non si evince *ictu oculi* se la norma europea esprime un obbligo di non fare ovvero un precetto chiaro preciso ed incondizionato<sup>81</sup>, la mancanza di effetti diretti debba essere previamente accertata dal giudice lussemburghese (il che sembrerebbe pacifico dal punto di vista dell'ordinamento dell'Unione europea) a seguito di rinvio pregiudiziale promosso unicamente dal giudice *a quo* ovvero (auspicabilmente) anche dallo stesso giudice costituzionale, ciò che rileva è piuttosto la possibilità, sia pur esperibile in via sussidiaria, che la Corte costituzionale sia investita di una questione di legittimità costituzionale nell'ambito della quale essa stessa si fa garante del primato del diritto dell'Unione europea non direttamente applicabile dichiarando incostituzionali le contrastanti leggi nazionali.

Ciò detto, si ritiene che i medesimi itinerari argomentativi ripercorsi dalla Consulta nelle recenti pronunce, anche in ragione del rilievo in esse assunto dai diritti fondamentali, possano estendersi (sia pur più problematicamente) anche ai rapporti tra norme nazionali, principi generali del diritto comunitario di cui all'art. 6, par. 3, TUE e la Carta europea dei diritti fondamentali a meno di ritenere assolutamente irrilevante la problematica distinzione tra diritti (da rispettare) e principi (da osservare) di cui all'art. 52, il cui par. 5 afferma che « Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi ed 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 ».

Ora la questione è assai complessa per essere affrontata adeguatamente in questa sede. Tuttavia, per quanto tale distinzione pare rilevare più su un piano astratto che su quello dei concreti risvolti applicativi, si ritiene che essa (forse anche in ragione della confusione che può ingenerare) finisca comunque per fornire un ulteriore argomento a sostegno della partecipazione delle corti costituzionali al circuito giudiziario europeo operante in materia dei diritti fondamentali. Più precisamente, a fronte della problematica ricostruzione del rapporto tra i principi generali del diritto comunitario, i principi generali e i principi contenuti nella Carta europea dei diritti (su cui neanche il giudice di Lussemburgo ha ancora definitivamente fatto chiarezza)<sup>82</sup>, anche la Corte costituzionale potrebbe farsi garante di un più adeguato dispiegamento della loro efficacia negli ordinamenti nazionali con conseguenze positive nel godimento dei diritti fondamentali in essi espressi. Infatti, la Carta euro-

---

europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri) e con essa ritenuta contrastante. Sulla garanzia costituzionale che tale sentenza accorda alle decisioni-quadro in termini del tutto "analoghi a quella caratterizzante gli atti *comunitari* privi di efficacia diretta", cfr. PISTOIA, E., *Una nuova pronuncia della Corte costituzionale sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 87 ss.

<sup>81</sup> ... che come noto rappresentano, in base ad una consolidata e risalente giurisprudenza comunitaria, i caratteri che una norma eurolunitaria deve possedere per potersi considerare dotata di effetti diretti.

<sup>82</sup> Come ha avuto modo di osservare CONTI, R., *Il problema delle norme interne contrastanti* ... op. cit., p. 9 ss..

pea dei diritti fondamentali, o meglio il suo rispetto, si inserisce ed assume rilievo in un quadro normativo europeo nel quale già vigono normative di settore (nella forma di regolamenti, direttive, decisioni-quadro *etc.*) adottate in forza di basi giuridiche contemplate dai trattati previgenti o che potrebbero prodursi per effetto delle nuove basi giuridiche previste nel TFUE e nel TUE<sup>83</sup>.

Ora, qualora le disposizioni della Carta concernenti principi (ma il discorso potrebbe valere anche per i diritti) corrispondano a basi giuridiche previste nel TFUE o nel TUE<sup>84</sup> sulla cui base risultano già poste in essere (o potranno in futuro prodursi) apposite normative ad esempio nella forma di atti non *self-executing* (nell'accezione comunemente accolta nella giurisprudenza lussemburghese), non si capisce perché debba in *ogni caso* ritenersi preferibile (quand'anche non obbligatoria) la disapplicazione della legge nazionale contrastante da parte del giudice nazionale in luogo dell'intervento della Corte costituzionale anche quando, per l'ampia gamma di tecniche decisorie di cui essa dispone, sarebbe maggiormente in grado di evitare vuoti di tutela e di corrispondere, anche in relazione al caso di specie, alle esigenze di effettività dei diritti fondamentali europei<sup>85</sup>. Né il contenuto di alcune recenti pronunce<sup>86</sup> della Corte di giustizia è indicativo per sostenere l'affermazione definitiva di un "sindacato diffuso di legittimità comunitaria"<sup>87</sup>. Vero è che con esse il giudice lussemburghese sembrerebbe estendere anche ai rapporti interpretati l'efficacia delle direttive (nel caso di specie della direttiva 2000/78 volta a definire un quadro generale per combattere le discriminazioni prodotte in ragione dell'età) con conseguente obbligo disapplicativo dei giudici comuni delle norme nazionali con esse

---

<sup>83</sup> Per una ricognizione delle basi giuridiche per l'azione dell'Unione presenti nel TUE e nel TFUE, cfr. ZILLER, J., *Il nuovo assetto dei diritti* ... op. cit., p. 71 ss..

<sup>84</sup> Per quanto riguarda invece i diritti e i principi che non trovano corrispondenza in apposite basi giuridiche dei trattati, il loro rispetto si impone nei confronti di atti normativi adottati non in attuazione delle disposizioni della Carta di Nizza/Strasburgo (attuazione cui peraltro osta l'art. 51, par. 2 della stessa Carta nella misura in cui afferma che da essa non discendono compiti e competenze nuove per l'Unione) ma nell'esercizio di "una competenza ad agire in un determinato settore" attribuita dal TFUE o dal TUE.

<sup>85</sup> Sul punto, cfr. emblematicamente la sentenza della Corte costituzionale n. 227 del 2010 già richiamata ed accolta favorevolmente da chi, ha opportunamente osservato che: "date le peculiarità dei casi di specie, il controllo accentrato della Corte costituzionale si rivela indispensabile, essendo il solo idoneo a garantire (senza sfociare in un'interpretazione *contra legem* e senza violare il divieto di disporre la carcerazione in assenza di una previsione di legge) tanto il rispetto della finalità di risocializzazione del reo sottesa al motivo ostativo di esecuzione, quanto il principio di non discriminazione in base alla nazionalità sancito dall'art. 18 TFUE ed esplicitato nella decisione quadro". Così, AMALFITANO, C., *Il mandato d'arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, reperibile in *Forum di Quaderni Costituzionali*, pp. 9-10.

<sup>86</sup> Ci si riferisce in particolare alle sentenze *Mangold* del 22 novembre 2005 e *Kücükdeveci* del 19 gennaio 2010.

<sup>87</sup> In tal senso, PATERNITI, F., *La Corte di giustizia apre al "sindacato diffuso di legittimità comunitaria"?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, p. 3.

contrastanti<sup>88</sup> al fine di garantire la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento. Il che, finirebbe per precludere il rimedio caducatorio del giudice costituzionale in ordine a leggi interne ritenute contrastanti con direttive comunitarie non direttamente applicabili (rimedio che invece, come si è visto, va assumendo un peso via via crescente).

Va, tuttavia, precisato che gli effetti disapplicativi sono stati ricondotti dallo stesso giudice lussemburghese al principio generale del diritto comunitario (della parità di trattamento in materia di occupazione e lavoro) che rappresenta il fondamento del divieto di discriminazione in ragione dell'età così come disciplinato dalla direttiva in esame. In tal modo, la Corte di giustizia, anche a garanzia del primato del diritto dell'Unione, "avrebbe, di fatto, aggirato la mancanza dell'effetto diretto di una direttiva in un rapporto interpretato riconoscendo effetto diretto al principio generale del diritto"<sup>89</sup>. Se così è, non pare che da tale impostazione possano comunque trarsi inequivocabili e definitive indicazioni in ordine al ruolo ed agli effetti negli ordinamenti nazionali dei principi generali del diritto dell'Unione tanto più alla luce della Carta di Nizza/Strasburgo che tende a distinguerli dai principi in essa contemplati<sup>90</sup>. Come è stato puntualmente osservato, "se (...) non pare discutibile l'utilizzazione dei principi in funzione di canone di interpretazione del diritto nazionale, appare più delicato individuare linee chiare ed univoche sulla capacità del principio generale di determinare la (mera) disapplicazione della norma nazionale con esso contrastante e dunque un mero *effetto di esclusione* o, addirittura, di valere come immediatamente vincolante e prevalente – dotato quindi di efficacia diretta – sulla norma nazionale con esso contrastante – e dunque resa inoperante –"<sup>91</sup>. Detto in altri termini, anche per effetto dell'approccio di *case law* privilegiato dal giudice dell'Unione europea non è pacifico se i principi generali si limitino a produrre un

---

<sup>88</sup> Pare opportuno osservare che nella sentenza *Mangold* la Corte di giustizia si è discostata dalle conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano le quali, in ragione della natura interpretativa del rapporto, suggerivano l'utilizzo della tecnica dell'interpretazione conforme rispetto alla disapplicazione nel caso di specie della normativa nazionale contrastante con la direttiva.

<sup>89</sup> In tal senso, CONTI, R., *Il problema delle norme interne contrastanti con il diritto dell'Unione non immediatamente efficace fra rimedi interni ed eurounitari*, in *Federalismi.it*, 2010, p. 15 il quale, così argomentando, ha cercato di sintetizzare le principali critiche mosse dalla dottrina e da alcuni avvocati generali della Corte di giustizia agli esiti cui quest'ultima è pervenuta nella sentenza *Mangold*.

<sup>90</sup> Al riguardo, non è inutile segnalare che le vicende giudiziarie richiamate sono state poste all'attenzione del giudice lussemburghese con rinvii pregiudiziali antecedenti all'entrata in vigore del trattato di Lisbona. Ciò spiegherebbe perché il richiamo (nella sentenza *Kücükdeveci*) dell'art. 21 della Carta di Nizza/Strasburgo (che vieta, tra le discriminazioni, quella fondata sull'età), opera come mera "funzione di attestazione", ossia "ha lo scopo di documentare (...) l'esistenza di un principio fondamentale del diritto dell'Unione, sul quale si fonda la decisione". Così, BIANCHI, P., *Il parametro superfluo. La Carta di Nizza nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in AA.VV. (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, Torino, 2010, p. 149.

<sup>91</sup> In tal senso, CONTI, R., *Il problema delle norme interne contrastanti con il diritto dell'Unione non immediatamente efficace fra rimedi interni ed eurounitari*, in *Federalismi.it*, 2010, p. 13-14.

mero “effetto di esclusione” della norma nazionale difforme (con conseguente neutralizzazione della sua applicazione) senza tuttavia fornire la regola di specie (che invece dovrebbe essere tratta dal giudice comune), ovvero se da essi possa farsi sempre discendere un “effetto di sostituzione” idoneo a fornire anche la regola di specie applicabile in luogo di quella nazionale.

È evidente che mentre in quest’ultima ipotesi la regola applicabile dal giudice nazionale al caso di specie viene dettata unicamente dall’ordinamento dell’Unione europea (con conseguente sconfinamento della Corte di giustizia nelle competenze proprie dei giudici nazionali), nella prima invece spetterebbe ai giudici comuni l’individuazione della stessa mediante una concretizzazione del principio generale reso, per un verso, ad escludere l’applicazione della norma nazionale inconfontabilmente con esso difforme e, per altro verso, ad orientare l’interpretazione conforme delle rimanenti norme nazionali (ora resa maggiormente plausibile per effetto della esclusione della norma con esso in insanabile conflitto). Se si condivide quest’ultima impostazione, si ritiene allora non implausibile *aprire* le porte al controllo di costituzionalità (auspicabilmente rendendo meno rigido il controllo sulla rilevanza della norma nazionale oggetto dell’incidente di costituzionalità) qualora il giudice comune, nonostante l’effetto di esclusione prodotto dal principio generale, fosse impossibilitato ad attribuire alle conferenti norme nazionali un significato ad esso conforme.

Con ciò non si vuole affermare, che il giudizio di costituzionalità, sollevato in via incidentale ai sensi degli artt. 11 e 117, 1 co. cost. ed avente ad oggetto una norma nazionale presuntivamente ritenuta in contrasto con una norma comunitaria non dotata di effetti diretti ovvero con un principio generale del diritto eurounitario, rappresenti *sempre e comunque* la soluzione più idonea per la tutela effettiva delle situazioni giuridiche soggettive invocate in giudizio; semplicemente, si ritiene inaccettabile l’affermazione di segno esattamente opposto secondo cui un sindacato diffuso di legittimità eurounitario risulta l’unico approdo concepibile in vista di una effettiva garanzia dei diritti fondamentali eurounitari.

### **§ 5. Precisazioni conclusive sul ruolo della Corte costituzionale nella “rete” giudiziaria europea tra necessarie (e reciproche) attitudini cooperative ed esigenze di effettività dei diritti fondamentali di origine eurounitaria**

Nell’ordine di idee seguito, pare di potere esprimere non pochi dubbi sul definitivo tramonto della Corte costituzionale a seguito dell’entrata in vigore della Carta europea dei diritti fondamentali dovendosi piuttosto parlare di un suo nuovo ruolo (da svolgere unitamente ai giudici comuni nazionali ed alla Corte lussemburghese) in vista di una più proficua penetrazione ed effettività della stessa negli ordinamenti nazionali.

Soprattutto quando in gioco vi sono i diritti fondamentali, la varietà di fattispecie (tanto negli elementi in fatto come in diritto) che di volta in volta rappresentano oggetto delle soluzioni escogitate talora dal giudice eurounitario talaltra dai giudici nazionali (anche costituzionali) rende assai pretestuoso ogni tentativo di sistematizzare definitivamente i rapporti tra le diverse autorità operanti nella rete giudiziaria europea. Tanto più se esso viene condotto estrapolando dalla soluzione data ad una concreta controversia giudiziaria indizi utili per sostenere la presenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale sul punto sol perché maggiormente confacente ad avvalorare la coerenza intrinseca di un certo assetto dei rapporti intergiudiziari precostituito negli esiti; tale impostazione metodologica rischia, in un sistema costituzionale multilivello, di offuscare l'importanza dei beni da tutelare (i diritti fondamentali) in nome della costante ricerca di cartesiani assetti organizzativi intergiudiziari i quali, per quanto astrattamente ineccepibili, risultano molto spesso inadatti ad apprestare una tutela effettiva dei diritti e di tutti gli interessi invocati in giudizio nei diversi casi di specie.

Ad oggi, si impone pertanto la necessità di vagliare caso per caso quale assetto organizzativo dei rapporti intergiudiziari risulti maggiormente idoneo ad apprestare soluzioni congrue in relazione tanto alle esigenze, per così dire, di sistema (certezza del diritto *in primis* e salvaguardia del complesso dei diritti meritevoli di tutela) quanto a quelle emergenti nella fattispecie che ha dato origine al contenzioso. Ecco perché si ritiene che la scelta della modalità attraverso cui fare valere il primato della Carta di Nizza/Strasburgo (e più in generale del diritto dell'Unione europea) è funzione del grado di soddisfazione che essa riesce ad apprestare alle finalità, ai principi generali nonché ai diritti fondamentali di origine eurounitaria coinvolti nel caso di specie nel rispetto, s'intende, delle identità costituzionali degli Stati membri.

In tale prospettiva, non sempre un controllo diffuso di legittimità eurounitaria risponde più adeguatamente a tutti gli interessi in gioco (tra cui il primato del diritto UE e la tutela effettiva dei diritti fondamentali in esso previsti) rispetto a quanto, date le condizioni dianzi richiamate, potrebbe invece assicurare un controllo di costituzionalità accentrato avente ad oggetto il rispetto del diritto eurounitario.

È questo il punto centrale: non si tratta unicamente di una questione di reciproca rivendicazione di competenze o, peggio ancora, di individuare in ambito nazionale o europeo rigide soluzioni procedurali tese a precludere o comunque a posticipare rigidamente e/o irrimediabilmente l'intervento pregiudiziale del giudice lussemburghese rispetto al prioritario intervento del giudice costituzionale o viceversa nelle questioni involgenti, a un tempo, profili di illegittimità costituzionale ed eurounitaria. Si tratta piuttosto di capire, caso per caso, se la contestuale garanzia del primato del diritto dell'Unione europea, dell'effettività delle situazioni giuridiche da esso tutelate nonché dell'interpretazione ed applicazione uniforme delle sue norme siano meglio assicurati dal giudice comune in dialogo diretto con la Corte di Lussemburgo ovvero con la Corte costituzionale senza tuttavia escludere, in questa

ultima ipotesi, l'intervento parallelo del giudice lussemburghese o, ancora meglio, se promosso dallo stesso giudice costituzionale.

Quale che sia l'assetto più idoneo e salvo le ipotesi in cui la diretta applicabilità delle norme europee si evince *ictu oculi*, rientra in ogni caso nell'autonomo apprezzamento del giudice comune nazionale la scelta se promuovere il dialogo unicamente con la Corte di giustizia ovvero anche con le corti costituzionali all'insegna di un reciproco spirito cooperativo. In tale ordine di idee, giova ricordare che, tanto rispetto al rinvio pregiudiziale che nei giudizi di costituzionalità sollevati in via incidentale, incombe comunque sul giudice comune la responsabilità della soluzione della controversia; sarebbe pertanto auspicabile, coerentemente all'impostazione delineata in questa sede, che quest'ultimo, nella impossibilità di sanare il conflitto in via interpretativa, instaurasse l'uno o l'altro procedimento incidentale (senza tuttavia potere escludere un parallelismo degli stessi) in esito ad una preventiva valutazione dell'impatto sul caso concreto che si presume possa produrre una pronuncia interpretativa della Corte di giustizia ovvero una decisione del giudice costituzionale. Ora, senza prefigurare i diversi esiti valutativi prospettabili sul punto, nulla osterebbe al giudice nazionale di scegliere *liberamente* l'eccezione di incostituzionalità qualora il rimedio nazionale (eventualmente ma non necessariamente caducatorio) dovesse meglio garantire tanto il primato del diritto dell'Unione europea che i diritti fondamentali dallo stesso previsti rispetto alla disapplicazione della norma nazionale in ipotesi ritenuta difforme dal giudice europeo in sede di giudizio pregiudiziale.

Del resto, indicazioni in tal senso possono trarsi anche da una recente e nota sentenza con la quale, impartendo “una vera e propria “lezione magistrale” sull'importanza del dialogo costruttivo fra giudici”<sup>92</sup>, la Corte di giustizia non ha escluso che le autorità giudiziarie comuni possano prioritariamente investire il giudice nazionale delle leggi di una questione di costituzionalità avente ad oggetto una legge nazionale sospettata di incostituzionalità anche in ragione della sua difformità al diritto dell'Unione europea. Ciò a condizione che esse restino libere « di sottoporre

---

<sup>92</sup> In tal senso, GALETTA, D.U., *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 232. L'A., a commento della sentenza pregiudiziale, tesa a verificare il rispetto dell'art. 267 TFUE da parte della Legge organica francese n. 2009/1523 recante norme sulla questione prioritaria di costituzionalità e resa in esito ad una vicenda giudiziaria che ha visto coinvolti il *Conseil constitutionnel*, il *Conseil d'État* e la *Cour de Cassation* francesi, precisa che “il tema centrale della sentenza *Melki* non è (...) quello del rapporto fra Corte di giustizia e corti costituzionali e del loro reciproco ruolo (...), quanto, piuttosto, quello dell'autonomia procedurale e dei suoi limiti”. A tal proposito, ripercorrendo la giurisprudenza europea sul punto, afferma che l'autonomia procedurale degli Stati membri (la competenza statale, cioè, di dotarsi “degli strumenti di coercizione giuridica... che assicurano il rispetto del diritto”<sup>92</sup> eurounitario) “sussiste solo e soltanto nella misura in cui essa consenta di garantire primato ed effettività del diritto sostanziale UE” (pp. 237-238). Pur condividendo pienamente tale impostazione, si ritiene tuttavia che i due profili si integrino a vicenda l'una (l'autonomia procedurale e i limiti suoi propri) potendo rappresentare il presupposto dell'altro (il rapporto tra le due Corti).

alla Corte [di giustizia], in qualunque fase del procedimento che ritengano appropriata, ed anche al termine del procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria »<sup>93</sup>. visto che furono atti del Governo, precedenti o coevi alla Costituente e semmai confermati dall'Assemblea: la previsione del suffragio universale diretto, la garanzia della libertà di associazione e riunione, insieme con il riconoscimento della libertà di insegnamento e della stampa, oltre a una legislazione progressiva sul lavoro e l'istruzione e all'abolizione della pena di morte e della schiavitù.

Insomma, pare che ci siano sufficienti elementi per potere condividere l'affermazione secondo cui "Occorre (...) fare di necessità virtù e rassegnarsi tutti (giudici comuni, Corte costituzionale, Corte di Lussemburgo) al "triangolo", attraverso *alcuni epocali ma circoscritti "aggiustamenti" giurisprudenziali* (epocale essendo del resto la piena entrata in vigore della Carta di Nizza) da parte (salvo *il decisivo ruolo propulsivo dei giudici comuni*) sia della *Corte costituzionale*, sia della *Corte di giustizia*<sup>94</sup>.

Per vero, la Corte di giustizia ha già manifestato significativi segnali di apertura riconoscendo, come si è detto, la possibilità che i giudici a *quibus* eccepiscano l'incostituzionalità della norma nazionale difforme anche prima di cercare conforto alla disapplicazione della stessa nel quadro della pregiudiziale eurounitaria; a sua volta, lo stesso giudice costituzionale italiano ha dato prova di potere effettuare una verifica meno stringente in punto di rilevanza e di ammissibilità delle questioni incidentali di costituzionalità aventi ad oggetto un controllo di conformità eurounitaria della norma nazionale<sup>95</sup>; se tali impostazioni venissero confermate su entrambi i fronti (nazionale ed eurounitario) fino a dar luogo a delle vere e proprie prassi operative, spetterebbe allora alla Corte costituzionale proseguire nel percorso di *fertilizzazione cooperativa* coltivando la pregiudiziale eurounitaria anche in sede di giudizio costituzionale incidentale (dopo averne già sperimentato le potenzialità compositive nell'ambito dei ricorsi di costituzionalità promossi in via principale<sup>96</sup>).

<sup>93</sup> Cfr. il 1 dispositivo della sentenza *Melki* pubblicato (anche in lingua italiana) in *GUCE* C 221 del 14 agosto 2010, p. 14.

<sup>94</sup> Così, SCIARABBA, V., *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*, Relazione al *Workshop in Diritto internazionale e dell'Unione*, Venezia, 8-9 aprile 2011, p. 18.

<sup>95</sup> Come si evince dalle sentenze n. 28 e 227 del 2010 rispettivamente aventi ad oggetto leggi nazionali ritenute contrastanti con alcune direttive europee in materia di rifiuti e con la decisione-quadro europea sul mandato di arresto europeo. Indicazioni analoghe, quantomeno nel senso di non volere affrontare puntualmente il profilo della rilevanza, si evincono dall'ordinanza di manifesta inammissibilità n. 413 del 2008 nella quale (affrontando una spinosa questione di diritto ambientale con riflessi in materia penalistica) la Corte costituzionale, sia pur incidentalmente, ha affermato di non volere approfondire tale aspetto nonostante la norma nazionale da cui traeva origine l'incidente di costituzionalità, ai sensi degli artt. 11 e 117, co. 1, della Costituzione, fosse già stata ritenuta incompatibile con le disposizioni europee a seguito di una sentenza di accertamento resa dalla Corte di giustizia in esito ad una procedura d'infrazione contro la Repubblica italiana.

<sup>96</sup> Ci si riferisce, come è noto, al primo rinvio pregiudiziale con il quale la Consulta italiana, superando la sua precedente posizione di auto-esclusione dal novero delle autorità giudiziarie nazionali legit-

In tale sede di giudizio, l'apertura della Consulta al rinvio pregiudiziale dovrebbe manifestarsi non solo allorquando oggetto di contestazione è una norma dell'UE direttamente applicabile che si presume lesiva di un principio inviolabile della Costituzione (ipotesi remota ma pur sempre possibile), ma soprattutto nei diversi casi di controllo di conformità eurounitaria delle norme nazionali tra i quali una fondamentale importanza rivestono quelli aventi ad oggetto leggi nazionali le quali, in assenza di un benché minimo margine discrezionale degli Stati membri nella fase attuativa, sono poste in essere unicamente per trasporre negli ordinamenti nazionali le disposizioni imperative di una direttiva. In quest'ultima ipotesi (tanto più problematica in vista dell'adesione dell'UE alla CEDU<sup>97</sup> quanto potenzialmente ricorrente alla luce del controllo accentratato di costituzionalità dalla Consulta posto a garanzia del rispetto della CEDU<sup>98</sup>), dovrebbe promuovere un rinvio pregiudiziale di validità onde consentire alla Corte di giustizia di sindacare la direttiva alla luce del diritto primario dell'UE e, dunque, della stessa Carta europea dei diritti fondamentali.

---

timate ai sensi dell'art. 234 TCE a ricorrere in via pregiudiziale, ha posto al giudice lussemburghese alcuni quesiti interpretativi in ordine alle disposizioni sulla libera prestazione dei servizi e sul divieto di aiuti di stato (ex artt. 49 e 81 TCE) ritenute, nell'ambito di un giudizio di costituzionalità avente ad oggetto una legge regionale sarda istitutiva delle c.d. *tasse sul lusso*, quali elementi integrativi del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, 1 co. cost. La portata innovativa di tale *revirement* è stata tuttavia circoscritta ai soli giudizi di costituzionalità in via principale nei quali l'utilizzo della pregiudiziale comunitaria da parte del giudice costituzionale viene ammesso solo perché in essi manca qualsiasi altro giudice cui affidare l'incombenza. Tra i tanti contributi dottrinari sull'ordinanza n. 103 del 2008, cfr., almeno, BARTOLE, S., *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2008 e CICCARIELLO, A., *La costruzione del contesto comune attraverso il rinvio pregiudiziale. Brevi note sulla pregiudiziale comunitaria alla luce delle ordinanze della Corte costituzionale n. 103/2008 e n. 100/2009*, in *Amministrazione in cammino*, 2009.

<sup>97</sup> Per una ricostruzione dei tanti problemi potenzialmente discendenti dall'adesione dell'UE alla CEDU, cfr. TIZZANO, A., *Les Cours européennes ... cit., passim*.

<sup>98</sup> Come si è avuto modo di ricordare, a partire dalle sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007 la Corte costituzionale, applicando per la prima volta il novellato art. 117, 1 co. cost. in relazione agli obblighi internazionali, ha escluso che i giudici comuni possano disapplicare una norma nazionale contrastante con la CEDU dovendo in tali ipotesi demandare la soluzione alla Corte costituzionale investita nell'ambito di un giudizio di costituzionalità in via incidentale. Sulle sentenze richiamate e sulle tappe evolutive (soprattutto le sentenze n. 311 e 317 del 2009 fino alla recente decisione n. 80 del 2011), nelle quali, pur registrandosi una certa apertura della Corte costituzionale verso forme di controllo sostanziale della tutela dei diritti ispirate al principio della "massima espansione delle garanzie", non viene comunque abbandonata l'impostazione del sindacato accentratato di costituzionalità quale rimedio posto (in virtù dell'art. 117, 1 co. e non anche dell'art. 11 cost.) a garanzia della superiorità delle convenzioni internazionali (nella specie, la CEDU) sulle leggi nazionali contrastanti, cfr., tra i tantissimi commenti in materia, LAMARQUE, E., *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 955 ss., POLLICINO, O., *Margine di apprezzamento, art. 10, co.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](http://www.forumcostituzionale.it); RANDAZZO, A., *Brevi note a margine della sentenza n. 80 ... op. cit.*



Pur non disconoscendo che le resistenze della Corte costituzionale ad aprirsi alla pregiudiziale eurounitaria si spiegano anche alla luce delle condizioni processuali che circoscrivono rigidamente l'accesso al giudizio di costituzionalità in via incidentale<sup>99</sup> non possono non segnalarsi (non potendole approfondire adeguatamente in questa sede) almeno quattro ordini di ragioni che renderebbero auspicabile una rivisitazione in materia della Corte costituzionale.

In primo luogo, a fronte delle comprovate capacità integrative espresse dal rinvio pregiudiziale in una prospettiva discendente (per così dire verso il basso) e dalla conseguente affermazione del diritto comunitario per il tramite di sentenze nazionali espressive in massima misura della sua effettività ed integrazione negli ordinamenti nazionali<sup>100</sup>, consentirebbe di metterne alla prova le corrispondenti potenzialità di integrazione verso l'alto, ossia in una prospettiva ascendente che, ad oggi, per molti versi sono rimaste inesplorate con conseguente attenuazione del contributo diretto che le stesse corti costituzionali avrebbero potuto apportare al processo di integrazione europea sul piano interpretativo-contenutistico-valoriale.

In secondo luogo, l'apertura al rinvio pregiudiziale darebbe modo alla Corte costituzionale di fornire una inconfutabile prova di volere concorrere a garantire la certezza del diritto e l'uniforme applicazione del diritto UE anche in nome della europeizzazione dei controlli e della stessa Carta di Nizza/Strasburgo<sup>101</sup> inserendosi anch'essa in quel processo di mutua alimentazione tra esigenze di effettività del diritto eurounitario ed esigenze riconducibili al sistema di garanzie dei diritti fondamentali per il cui contestuale soddisfacimento si sono rivelate determinanti le molteplici virtù funzionali del rinvio pregiudiziale<sup>102</sup>.

Assolutamente non priva di rilievo risulta essere, inoltre, la terza considerazione nella misura in cui l'attitudine cooperativa praticata dalla Corte costituzionale mediante il rinvio pregiudiziale avrebbe il merito di esperire anzitempo (rispetto a quanto sarà appositamente previsto sul punto dall'accordo di adesione tra UE e Consiglio d'Europa) soluzioni idonee rispetto ad uno dei principali nodi problematici posti dall'adesione dell'Unione europea alla CEDU con particolare riferimento ai rapporti tra la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo nei casi in cui si presume che un atto adottato dalle istituzioni europee abbia violato un diritto previsto dalla CEDU con conseguente possibilità, in esito al perfezionamento della procedu-

---

<sup>99</sup> Sul punto e sulla necessità di rivisitare in direzione di una maggiore flessibilità le suddette condizioni processuali, cfr., da ultimo, CICCARIELLO, A., *La costruzione del contesto comune attraverso il rinvio pregiudiziale. Comprendere di non comprendere: la sconfitta della precomprensione?*, in *Amministrazionecammino.luiss.it*, 2009, p. 24 ss.

<sup>100</sup> In tal senso, MORBIDELLI, G., *La tutela giurisdizionale dei diritti ... op. cit., passim.*

<sup>101</sup> Ovviamente nell'ipotesi in cui il rinvio pregiudiziale di validità non fosse stato promosso dal giudice comune. Su tali aspetti, cfr. le fondamentali indicazioni della Corte di giustizia, sia pur rese in forma di *obiter dictum* nei par. 54, 55 e 56 della sentenza *Melki*,

<sup>102</sup> Sul punto, oltre a quanto richiamato in precedenza, sia consentito rinviare a GERBASI, G., *Forme e strumenti ... op. cit., p. 66 ss.*

ra di adesione e nel rispetto delle condizioni di ricevibilità dettate dalla stessa nonché dall'accordo di adesione<sup>103</sup>, di attivare il controllo esterno della Corte di Strasburgo senza che sulla validità dello stesso abbia avuto modo di pronunciarsi preliminarmente la Corte di giustizia.

Ora rifacendoci all'ipotesi dianzi richiamata, qualora la presunta violazione della CEDU (ma anche di corrispondenti disposizioni costituzionali) fosse formalmente imputabile ad un atto legislativo statale posto in attuazione di disposizioni imperative previste in una direttiva europea, allora ove il giudice comune ometta di investire la Corte di giustizia di una questione avente ad oggetto la validità della direttiva preferendo sollevare una questione di costituzionalità in via incidentale, l'attivazione della pregiudiziale di validità da parte del giudice delle leggi consentirebbe al giudice lussemburghese di valutare la stessa alla luce del diritto primario dell'UE e della stessa Carta di Nizza/Strasburgo senza la necessità di controlli esterni da parte della Corte di Strasburgo (salvo il caso in cui il giudice di Lussemburgo dichiari valida la norma europea oggetto del giudizio).

Infine, l'auspicio che la Corte costituzionale ridefinisca la propria posizione in ordine al rinvio pregiudiziale trova conforto nella circostanza che ciò finirebbe per arricchire il contesto comunicativo di un nuovo impulso dialogico operante nei rapporti interni tra essa ed i giudici comuni; questi ultimi, infatti, preso atto della volontà del giudice costituzionale di dialogare direttamente con la Corte di giustizia (ove ciò risultasse necessario per accertare la compatibilità di una norma nazionale con la Carta europea dei diritti e con i principi generali dell'Unione), "saranno in condizione di potersi rivolgere fiduciosamente (anziché prima direttamente alla Corte di giustizia e poi eventualmente alla Corte costituzionale, subito) alla Consulta"<sup>104</sup>.

Tanti sono dunque i nodi problematici da affrontare perché molteplici sono gli interessi (non di rado contrapposti) che pretendono tutela in un sistema costituzionale multilivello. Se ciò è indubitabile, rispetto ad essi sembra che le risposte da approntare non possano monopolisticamente essere affidate ad un unico giudice posto al vertice della piramide giudiziaria dovendo piuttosto essere il frutto della partecipazione di tutte le autorità operanti nella rete giudiziaria europea, ognuna delle quali, nella prospettiva assunta della "forma dialogica dei processi decisionali"<sup>105</sup>, dovrebbe principalmente promuovere gli interessi ritenuti prioritari nell'ordinamento di appartenenza esprimendo al contempo "disponibilità al reciproco ascolto"<sup>106</sup> degli altrui interessi in funzione di ragionevoli bilanciamenti da effettuarsi

---

<sup>103</sup> Per una panoramica delle soluzioni prospettate per far fronte al problema richiamato e che dovranno essere oggetto dell'accordo di adesione tra Unione europea ed il Consiglio d'Europa, cfr. TIZZANO, A., *Les Cours européennes* ... cit., p. 38 ss.

<sup>104</sup> Così, SCIARABBA, V., *La tutela europea* ... cit., p. 20.

<sup>105</sup> Così, PAJNO, S., *L'integrazione comunitaria* ... cit., p. 267.

<sup>106</sup> Per utilizzare l'espressione di Ruggeri, A., *Rapporti tra Corte costituzionale e corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, reperibile in AIC, 2011, p. 13.

a garanzia dei diritti fondamentali e di tutti gli interessi che vengono in rilievo nei casi concreti. Solo in tal modo, nel quadro e per effetto del contesto comunicativo tracciato, potrebbe addivenirsi a soluzioni condivise atte a precludere l'attivazione degli strumenti di difesa di cui ogni livello giudiziario dispone<sup>107</sup> ed, al contempo, idonee a favorire l'approfondimento del processo di integrazione europea.

Il conseguimento di tali esiti non può darsi senza una dovuta e generalizzata attenzione al principio di leale e reciproca cooperazione, cui fa riferimento l'art. 4, par. 3, TUE, ed al rinvio pregiudiziale che ne rappresenta la manifestazione procedurale operante sul piano dei rapporti intergiudiziali, i quali mettono a nudo i limiti di chi si interroga seccamente sulla deriva (e sulla opportunità o meno) del sistema verso forme diffuse di controllo in luogo di un accentramento dello stesso, dovendosi piuttosto parlare di un "sindacato collaborativo"<sup>108</sup> in funzione servente dei diritti fondamentali, nel cui ambito tutti i giudici (europei, costituzionali e comuni) possono apportare contributi diversi a seconda dei casi da affrontare.

---

<sup>107</sup> Sul margine finale di apprezzamento che nello scenario europeo ogni Corte ha soprattutto "en ce qui concerne les suites à donner aux décisions de l'autre Cour, cfr., da ultimo, TIZZANO, A., *Les Cours européennes* ... cit., p. 48.

<sup>108</sup> In tal senso, si ritiene che il modello di sindacato collaborativo elaborato in ordine ai rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale italiana (cfr. MODUGNO, F., *Inammissibilità della quaestio legitimatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, p. 2411-2412) possa trovare applicazione anche rispetto alla più complessiva rete giudiziaria europea.



Felice C. Besostri\*

## LEGGI ELETTORALI E GIURISDIZIONE

SOMMARIO: § 1. Leggi elettorali e giurisdizione – § 2. Il diniego di giurisdizione sulle leggi per l'elezione del parlamento nazionale – § 2.1. L'antecedente – § 2.2. Le prospettazioni dei profili di incostituzionalità in sede di impugnazione del decreto di indizione dei comizi elettorali per la Camera dei deputati e il Senato della Repubblica – § 3. Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato: corpo elettorale *versus* parlamento e potere giudiziario – § 4. Il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo

### § 1. Leggi elettorali e giurisdizione

Nell'ordinamento italiano, a ben guardare, i ricorsi in materia elettorale presentano una contraddizione, poiché da un lato danno legittimazione ad un singolo elettore, ma dall'altro lo gravano di tali e tante "trappole" procedurali da renderli di fatto ineffettivi. Basti soltanto segnalare i termini brevi per la notifica ai controinteressati, in assenza di un obbligo di pubblicità del luogo di residenza, e gli ostacoli frapposti, ai sensi della normativa sulla *privacy*, al rilascio di copia dell'atto di accettazione della candidatura, da cui si possa desumere detto luogo di residenza. Un ufficio elettorale circoscrizionale ha richiesto il consenso dell'interessato per il rilascio: si può immaginare l'entusiasmo con il quale sarebbe stato prestato. In relazione al tema del Convegno mi limiterò in questa sede all'esposizione di un solo argomento, ovvero il controllo giurisdizionale sulle leggi per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, argomento che presenta aspetti problematici e profili di legittimità costituzionale proprio in relazione al diniego di giurisdizione, che coinvolge i giudici amministrativi e civili nazionali, ma anche la Corte costituzionale italiana e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

L'altra questione rilevante, cioè il controllo giurisdizionale sulla legge per l'elezione dei rappresentanti dell'Italia nel parlamento europeo, che pure presenta aspetti processuali interessanti e, precisamente, se accanto a un giudizio incidentale di costituzionalità debba essere posta una questione pregiudiziale alla Corte euro-

---

\* Felice C. Besostri, avvocato in Milano.

pea di giustizia, è stata sottoposta, per gli aspetti di costituzionalità, al vaglio della Corte costituzionale su ordinanza del TAR del Lazio, sez. II *bis*<sup>1</sup>.

## § 2 Il diniego di giurisdizione sulle leggi per l'elezione del parlamento nazionale

### § 2.1. *L'antecedente*

Il comitato promotore presieduto dal prof. Giovanni Guzzetta aveva raccolto, nel 2007, il prescritto numero di firme per indire un *referendum* abrogativo di alcune norme del D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (TU delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati) e del D. Lgs. 20 dicembre 1993, n. 533 (TU delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica). La proposta, dopo la dichiarazione di legittimità dell'Ufficio centrale presso la Corte di cassazione, era passata al vaglio della Corte costituzionale per il giudizio di ammissibilità. Associazioni politiche e partiti politici, su iniziativa del sottoscritto, si erano costituiti innanzi alla Corte, con memoria *ex art.* 33, co. 3, l. n. 352/1970, per opporsi all'ammissibilità. In alcune delle memorie erano stati associati i prof.ri avv.ti Costantino Murgia e Vittorio Angiolini. Un'altra parte, sempre in opposizione all'ammissibilità dei quesiti, era processualmente rappresentata dal prof. avv. Massimo Luciani.

Due dei quesiti referendari si proponevano di vietare la presentazione di liste di coalizione sia a livello nazionale (Camera dei deputati) che regionale (Senato della Repubblica), con la conseguenza che il premio di maggioranza (pari, come noto, al 55% dei seggi) sarebbe stato attribuito alla lista elettorale che avesse conseguito la maggioranza relativa dei voti validi espressi. Un terzo quesito vietava la presentazione di candidature multiple.

Le associazioni politiche e i partiti politici erano legittimati a partecipare al giudizio di ammissibilità grazie alla sentenza della Corte costituzionale n. 31 del 2000, secondo cui è ammessa la presentazione di memorie anche da parte di soggetti diversi da quelli espressamente indicati nell'art. 33 della legge 352/1970, senza che questi, peraltro, possano assumere la veste di parti intervenienti e, quindi, illustrare la memoria in camera di consiglio. Con una successiva sentenza, la n. 45 del 2005, la Corte si è riservata la facoltà di consentire a tali soggetti, ove lo ritenga opportuno, la formulazione di brevi integrazioni orali, ribadendo che ciò non deve pregiudicare il rispetto delle scadenze temporali del procedimento.

---

<sup>1</sup> Con sentenza n. 271 dell'8 luglio 2010, depositata in data 22 luglio, la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni di costituzionalità.

L'opposizione all'ammissibilità dei quesiti era articolata in una serie di censure. Per un problema di coordinamento di norme, che sempre si pone nei *referendum* abrogativi di disposizioni o parti di disposizioni (ivi compresi periodi, parte di periodi e, perfino, singole locuzioni o parole), era vietata la presentazione di coalizioni di liste, ma non che liste diverse potessero presentare un programma identico e uno stesso capo politico, purché quest'ultimo non si candidasse in nessuna delle liste convergenti. Ove i *referendum* avessero avuto esito positivo, la lista di maggioranza relativa avrebbe conseguito 340 seggi alla Camera dei deputati e il 55% dei seggi senatoriali nelle singole regioni, anche nel caso in cui le liste con identico programma e/o con lo stesso capo politico avessero avuto un numero superiore di suffragi ed anche nell'ipotesi che la somma delle loro percentuali superasse la maggioranza assoluta dei voti validamente espressi. Si eccepiva, pertanto, l'effetto distorsivo della volontà del corpo elettorale: il voto di una minoranza politica ed elettorale avrebbe potuto avere un peso maggiore di quello di una maggioranza politica ed elettorale. Pur in assenza di esplicite dichiarazioni in senso proporzionale della Costituzione, da alcune disposizioni (maggioranza qualificata, *quorum* per la validità delle deliberazioni) sembrava emergere una preferenza per il proporzionale.

Il principio dell'uguaglianza del voto, inoltre, sembra esigere che il risultato concreto della manifestazione della volontà dell'elettorato sia in rapporto con il numero dei consensi espressi. Richiamo, a conferma, una sentenza della *Bundesverfassungsgericht* (*Beschluss* 22.05.1963, 2BvC 3/62, BVerfGE 16, 130) in applicazione dell'art. 38, co. 1, della Legge fondamentale ("I deputati del Bundestag sono eletti con elezioni a suffragio universale, diretto, libero, uguale e segreto"), articolo non dissimile dal quello della Costituzione italiana (art. 48, co. 2: "Il voto è personale ed uguale, libero e segreto"). Né all'espressione "personale" del nostro art. 48 può essere attribuito un significato di portata inferiore a quella di "diretto" dell'art. 38 GG (v. anche artt. 56 e 58 cost. it.). La questione processuale interessante è che la Corte costituzionale tedesca abbia assunto la decisione nel corso di *Wahlprüfungsverfahren*, cioè di controllo della conformità della proclamazione di un eletto alla *Wahlgesetz*, ritenendo, benché la legge non lo prevedesse, che potesse e dovesse anche pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge elettorale stessa.

La conseguenza paradossale dell'accoglimento dei quesiti referendari presentava evidenti sintomi di irragionevolezza, che si riverberavano sulla chiarezza e coerenza degli stessi quesiti. Tralasciando altre censure, il nocciolo dell'opposizione all'ammissibilità dei quesiti era sostanzialmente costituito dalla paventata incostituzionalità delle norme di risulta nel caso di esito positivo dei *referendum*. La memoria ad *opponendum* sollevava l'esigenza di un controllo più stretto nel caso di leggi elettorali "per ragioni connesse all'irripetibilità delle elezioni e alla scarsa o nulla possibilità di un tempestivo controllo in via incidentale".

I quesiti referendari sono stati dichiarati ammissibili dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 15, 16 e 17 del 2008. Il giudice si è attenuto a principi già enun-

ciati in precedenti sentenze, statuendo che *“questa Corte ha escluso - ancora in tempi recenti e in conformità ad una costante giurisprudenza - che in sede di controllo di ammissibilità del referendum possano venire in rilievo profili di incostituzionalità sia della legge oggetto di referendum sia della normativa di risulta (sentenze n. 45, 46, 47, e 48 del 2005)”* (considerato in diritto, punto 6, sent. n.15/2008).

Tuttavia alcune delle argomentazioni contenute nelle memorie *ad opponendum* avevano fatto breccia nella Corte, che in un passaggio afferma *“L'impossibilità di dare, in questa sede, un giudizio anticipato di legittimità costituzionale non esime tuttavia questa Corte dal dovere di segnalare al Parlamento l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici di una legislazione che non subordina l'attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti e/o di seggi.”* (*ibid.*, considerato in diritto, punto 6.1). Un analogo passaggio si trova nella sentenza n. 16 del 2008, relativa all'ammissibilità dei quesiti per il Senato (*considerato in diritto*, punto 6.1).

§ 2.2. *Le prospettazioni dei profili di incostituzionalità in sede di impugnazione del decreto di indizione dei comizi elettorali per la Camera dei deputati e il Senato della Repubblica*

Dopo la pronuncia della Corte costituzionale tre cittadini elettori promuovevano un ricorso innanzi al TAR del Lazio. Il ricorso veniva dichiarato inammissibile dalla sezione II *bis* con la sentenza n. 1855/2008 del 27 febbraio 2008, in cui si richiamava un precedente stabilito con sentenza n. 3396/2006. Il ragionamento, per negare la giurisdizione, parte da un'interpretazione dell'art. 66 cost., nel senso che la competenza delle Camere in tema di verifica delle elezioni è *“estesa all'accertamento della legittimità di tutte le operazioni elettorali e, quindi, anche di quelle ricomprese nella fase precedente lo svolgimento della competizione elettorale vera e propria”*. L'autodichia del parlamento risponderebbe all'esigenza di salvaguardarne l'autonomia e al principio di separazione dei poteri e, peraltro, *“la natura di corpo politico di ciascuna Camera non esclude che essa, allorché insorga un eventuale concreto interesse alla verifica di legittimità delle operazioni elettorali, decidendo in sede di verifica dei poteri operi alla stregua di un vero corpo giudicante, con criteri e procedure di carattere giurisdizionale”*.

A parte il fatto che nessuna disposizione, neppure di carattere regolamentare, prevede che la Giunta delle elezioni possa rimettere alla Corte costituzionale una questione su norme della legge elettorale, con la quale è stata eletta la Camera, di cui è organo, il TAR dimentica che i profili di incostituzionalità dedotti erano due, il primo concernente l'attribuzione del premio di maggioranza ed il secondo le liste bloccate. Almeno in linea teorica, i componenti della Giunta delle elezioni avrebbero potuto essere eletti in una lista bloccata: si sarebbero trovati quindi nella condizione di essere giudici in causa propria, con l'obbligo di astenersi *ex art. 51 c.pr.c.*

Il ricorso in appello non ha avuto miglior esito; la decisione del Consiglio di Stato (sez. IV, n. 1053 del 13 marzo 2008) conferma la sentenza del TAR, dichia-



rando il ricorso inammissibile ai sensi dell'art. 31 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, prospettando altresì la natura di atti politici degli atti impugnati (Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 1997, n. 209; sez. VI, 22 gennaio 2002, n. 360; sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397), nonché rilevando che “*l'intervento del giudice determinerebbe un'interferenza del potere giudiziario nell'ambito di altri poteri (v. Cass. sez. un., 16 maggio 2006, n. 11623)*”.

In conclusione, sulla legittimità costituzionale di una legge elettorale sarebbero competenti a decidere le Camere, elette con la legge elettorale... di sospetta costituzionalità! Sia pure non in maniera esplicita, poiché il ricorso al TAR era stato proposto prima della scadenza del termine per la presentazione delle liste, si adombra una carenza di interesse del cittadino elettore, in quanto tale, a poter votare in modo conforme a Costituzione<sup>2</sup>.

La carenza di giurisdizione, per la stessa tornata elettorale, era ribadita dalle sezioni unite della Cassazione, in sede di impugnazione *ex art.* 362 c.p.r.c. di un'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato, sez. V, n. 1744/08 del 1° aprile 2008, interpretata come regolamento preventivo di giurisdizione con la sentenza n. 9151 dell'8 aprile 2008. Tale sentenza è interessante in quanto conferma che competente è la Giunta delle elezioni della Camera, quindi *post factum*, e che il diniego di giurisdizione, sia da parte di quest'ultima, sia del giudice amministrativo, non si configura come “*un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, tale da giustificare l'intervento risolutivo della Corte costituzionale, trattandosi invece di un conflitto (negativo) di giurisdizione da risolvere a termini del codice di procedura civile*”, e ciò con richiamo all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2006.

C'è da chiedersi, alla luce di questi orientamenti, se l'auspicio della Consulta, espresso nelle sentenze n. 15 e n. 16 del 2008, che la questione le fosse rimessa in futuro attraverso “*le vie normali di accesso al giudizio di costituzionalità delle leggi*” fosse sincero ovvero un modo elegante per liberarsi di una questione spinosa.

### **§ 3. Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato: corpo elettorale *versus* parlamento e potere giudiziario**

Una delle parti intervenienti nel giudizio amministrativo, di fronte a questo eclatante diniego di giustizia in violazione degli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'art. 113 della Costituzione, derivante anche dalla qualificazione degli atti preparatori delle elezioni come “atti politici” e, quindi, non impugnabili – in teoria sottraendo alla tutela giurisdizionale persino una convoca-

---

<sup>2</sup> L'azione di accertamento del diritto di votare secondo Costituzione è stata dichiarata, in epoca successiva al Convegno, ammissibile dal tribunale di Milano, sez. I, n. 5330/2011, che ha però ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale.

zione dei comizi elettorali in data posteriore al termine di 70 giorni fissato dall'art.61 cost. – decideva di proporre un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

La nostra giustizia costituzionale, a differenza di quella tedesca (*Verfassungsbeschwerde*) e spagnola (*amparo de constitucionalidad*), non conosce istituti di accesso diretto alla Corte costituzionale da parte di cittadini lesi nei loro diritti costituzionali: una scelta del costituente, che si può non condividere, ma non ignorare. La Corte può essere legittimamente preoccupata dal sovraccarico di lavoro che l'accesso diretto potrebbe comportare, ma non può ignorare che, quando sono in gioco supremi valori costituzionali e gli stessi principi della democrazia rappresentativa e della sovranità del popolo, cioè la salute della Repubblica, una garanzia di legalità e legittimità costituzionale debba essere assicurata. Il ricorrente, cittadino ultraventicinquenne e pertanto elettore sia della Camera che del Senato, aveva partecipato in proprio e quale difensore ai giudizi di ammissibilità dei quesiti referendari ed era parte interveniente ad *adiuvandum* nei ricorsi innanzi al giudice amministrativo.

Le decisioni dell'autorità giurisdizionale amministrativa, si legge nel ricorso, “*appaiono in contrasto con gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, grazie agli artt. 10, co. 1, e 117, co. 1, cost., sono stati incorporati nel nostro ordinamento costituzionale (Corte costituzionale, sentenze n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007), oltre che con gli artt. 24, 103, 111, 113 e 137 cost.*”.

Oggetto del ricorso, come precisato nella memoria per la camera di consiglio del 9 luglio 2008, anche a valere come atto di motivi aggiunti nel conflitto di attribuzione di cui la Corte era chiamata a valutare l'ammissibilità, era “*l'attribuzione costituzionale al corpo elettorale del diritto ad eleggere il Parlamento della Repubblica e, segnatamente, ad eleggerlo secondo una legge che non [fosse] costituzionalmente illegittima (artt. 1, 48 e da 55 a 61 cost.)*”.

Nell'economia di questa relazione non è possibile dar conto diffusamente di tutte le argomentazioni svolte nel ricorso e nella memoria<sup>3</sup>, con riferimenti puntuali alla miglior dottrina in materia processuale costituzionale<sup>4</sup>. Si segnala soltanto l'argomentazione critica nei confronti di decisioni che attribuiscono al parlamento una competenza mai rivendicata, mai esercitata e mai regolamentata, e ciò in base ad un'interpretazione estensiva dell'art. 87 del TU sull'elezione della Camera dei deputati (richiamato in tema di elezione del Senato dall'art. 27 del D. Lgs. n. 533/1993), in quanto una norma di legge ordinaria non può integrare/interpretare una norma di rango costituzionale, tanto più quando vi sono in gioco altri principi e valori costituzionali, per cui comunque si impone il bilanciamento: bilanciamento che, in ca-

<sup>3</sup> Per chi fosse interessato tutti i testi si possono rinvenire nel sito [www.felicebesostri.it](http://www.felicebesostri.it), che comprende, oltre le sentenze ed ordinanze rese, anche gli scritti difensivi dei ricorrenti e degli intervenienti nei vari giudizi.

<sup>4</sup> CERRI, A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008.

so di norme derogatorie e/o speciali, non può che condurre ad una loro stretta interpretazione.

Con ordinanza n. 284, depositata il 16 luglio 2008, il conflitto di attribuzione era dichiarato inammissibile.

Esauriti così tutti i possibili ricorsi interni non restava altro rimedio che proporre ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

#### §. 4. Il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo

Il ricorso (ruolo 35953/08) è stato proposto dalle parti intervenute nei vari giudizi sopra citati in applicazione dell'art. 34 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dopo che uno dei ricorrenti aveva attivato, visto l'esito dei ricorsi innanzi alla giurisdizione amministrativa, un ricorso *ex art. 700 c.pr.c.*, respinto dal tribunale di Milano, in composizione monocratica, con ordinanza del 31 marzo 2008, depositata il 1° aprile 2008, per *difetto assoluto di giurisdizione*.

Le censure si basano sugli articoli 6 (diritto ad un processo equo) e 13 (diritto ad un rimedio effettivo) della Convenzione EDU, in relazione anche agli articoli 25, co. 1 (precostituzione per legge del giudice), 102, co. 2 (divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali), 113, co. 2 (inammissibilità di limiti alla tutela giurisdizionale dei diritti e interessi legittimi contro atti della PA), 24, co. 2 (diritto alla difesa) e 111 (diritto al giusto processo) della Costituzione italiana<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Il ricorso, deciso congiuntamente ad altri per identità di problematica (n. 11583/08, *Saccomanno e altri c. Italia*), è stato dichiarato irricevibile dalla Corte di Strasburgo il 13 marzo 2012.



Amedeo Barletta\*

## SUSSIDIARIETÀ PENALE E SUSSIDIARIETÀ EUROPEA NELLA DEFINIZIONE DELLE COMPETENZE PENALI DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: § 1. La trasformazione del diritto di punire – § 2. Proporzionalità e integrazione penale europea – § 3. La sussidiarietà europea e le vicende penali – § 3.1. Sussidiarietà e “materia penale”, il controllo della “doppia necessità” – § 3.2. Verso un controllo giurisdizionale della sussidiarietà – § 4. Le coordinate del sistema penale dell'Unione europea

### § 1. La trasformazione del diritto di punire

Il diritto penale comunitario o europeo<sup>1</sup> ha rappresentato negli ultimi decenni una sorta di “utopia politica”<sup>2</sup> che solo da ultimo ha ottenuto il riconoscimento dei trattati; sin dai tempi della CED ha infatti costituito oggetto di un dibattito giuridico e politico ben lontano dall'acquisire la concretezza del quotidiano, pur riproponendosi costantemente sotto forme molteplici. Tale lenta emersione è avvenuta in maniera assai faticosa, quasi quanto è accaduto con il concetto di “costituzione europea”<sup>3</sup>.

---

\* Amedeo Barletta, avvocato in Napoli, cultore della materia.

<sup>1</sup> La bibliografia in materia è sterminata; per una introduzione al tema attraverso contributi ormai classici si rinvia a: PEDRAZZI, M., *L'influenza della produzione giuridica CEE sul diritto penale italiano*, in CAPPELLETTI, M. e PIZZORUSSO, A. (a cura di), *L'influenza del diritto europeo*, Milano, 1982; RIZ, R., *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984; GRASSO, G., *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989; MANACORDA, S., *Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, in *Studium iuris*, 1997, p. 951 ss.; PARODI GIUSINO, M., *Diritto penale e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pub. europeo*, 1999, p. 105 ss.; e fuori da confini della dottrina italiana: SEVENSTER, H. G., *Criminal law and EC law*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 29 ss.; TIEDEMANN, K., *Europäische Gemeinschaftsrecht und Strafrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, p. 48 ss.; DELMAS-MARTY, M., *Union européenne et droit penal*, in *Cahiers de droit européen*, 1997, p. 607 ss.

<sup>2</sup> VASSALLI, G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto discipline penalistiche*, VIII, 1994, p. 317 che riprende BRICOLA, F., *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 216 ss.

<sup>3</sup> Numerosi sono stati, infatti, i progetti di costituzione così come numerosa ed autorevole la produzione scientifica che ha individuato una Costituzione europea già solo a partire dai trattati costitutivi

Potrebbe non essere priva di significato la circostanza che il progressivo rafforzamento di una prospettiva penale dell'Unione, determinato da una serie di pronunce della Corte di giustizia, sia coinciso col momento della "crisi costituzionale" sofferto dal processo di integrazione, proprio a testimoniare il valore simbolico e prospettico della costruzione di uno spazio giudiziario e penale unico.

Il nuovo trattato di Lisbona (recependo molte delle innovazioni già fatte proprie dal trattato costituzionale) provvede a fornire parecchi elementi di quel quadro che andrà a costituire il "diritto penale dell'Unione europea" o, per dire meglio, di quel diritto che, originato dalle istituzioni europee, è destinato a produrre effetti nei singoli ordinamenti giuridici nazionali.

Da siffatto processo di riorganizzazione dell'ordinamento giuridico l'area del diritto penale ne esce profondamente trasformata, sino al punto di superare, almeno in prospettiva, quell'impostazione ormai classica che vuole gli ordinamenti, interno e sovranazionale, "differenti e coordinati".

La ricostruzione dualista del rapporto tra ordinamenti, che emerge, pur in maniera sempre meno nitida dalla ricostruzione interna dei rapporti diritto statale/diritto dell'Unione europea, diviene progressivamente meno capace di spiegare ed ordinare ciò che accade; il sistema si trasforma assumendo sempre più un carattere composito e stratificato in cui il livello nazionale appare come attuazione anche e soprattutto di scelte sovranazionali, sino alla definizione delle scelte di penalizzazione.

Il superamento della ricostruzione dualista classica è ormai evidente, incompatibile con una ricostruzione della primazia<sup>4</sup> del diritto dell'Unione europea che anche nelle interpretazioni più attente alle identità costituzionali nazionali è irriducibile ad essere intesa quale riconoscimento *octroyé* dalle fonti interne<sup>5</sup>.

Al contempo la stessa tutela degli ordinamenti interni (del patrimonio costituzionale degli Stati membri) e delle competenze nazionali, diviene preoccupazione del nuovo trattato e dei meccanismi da questo predisposti per una corretta ripartizione delle funzioni e degli interventi normativi.

della Comunità e dell'Unione; cfr. BARBERA, A., *Esiste una "Costituzione europea" ?*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, p. 76 ss., ANZON, A., *La Costituzione europea come problema*, *Riv. dir. pubb. com.*, 2000, p. 629 ss. e gli scritti di Weiler oggi raccolti in WEILER, J. H., *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003. Si veda inoltre: BIFULCO, R., CARTABIA, M., e CELOTTO, A., (a cura di) *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.

<sup>4</sup> Sulla primazia nel nuovo assetto si veda: RITLENG, D., *De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union*, in *Revue trimestrielle Droit européen*, 2009, pp. 678 ss.

<sup>5</sup> Per un superamento della dicotomia dualismo/monismo riguardi i rapporti tra livello UE e livello normativo interno si veda: KUMM, M. e FERRERES COMELLA, V., *The future of Constitutional conflict in the European union: constitutional supremacy after the Constitutional treaty*, in WEILER, J. e EISGRUBER P. C. L. (a cura di), *Altneuland: The EU Constitution in a contextual perspective*, Jean Monnet Working paper n. 5/04, [www.jeanmonnetprogram.org](http://www.jeanmonnetprogram.org).

L'ordinamento vigente nello spazio (inteso come spazio normativo) italiano viene ad organizzarsi per livelli generando, nei vari ambiti dell'ordinamento, rilevanti ricadute ed interferenze.

Il sistema si dispone, secondo l'immagine oggi forse persino abusata di Pernice, in maniera "multilivello" ma forse sarebbe meglio dire semplicemente pluralista; le norme applicabili vengono prodotte sia al livello sovranazionale (che partecipa anch'esso dell'ordinamento interno) che al livello infranazionale.

In tale complessa ricostruzione dell'ordinamento giuridico il sistema giudiziario deputato all'applicazione del diritto diviene integrato, come integrato è anche il quadro sistemico all'interno del quale le fonti 'aliene', quali quelle eurounitarie (ed europee in generale), vanno ad organizzarsi facendo sistema<sup>6</sup>.

L'ordinamento interno cambia la propria struttura ed il suo modo d'atteggiarsi, "rimanendo al fine evidente l'esigenza del riferimento ad un medesimo parametro ordinamentale"<sup>7</sup>.

L'ambito sovranazionale acquista capacità di produrre interferenze a cascata sugli altri livelli normativi, oltretutto di produrre effetti giuridici "di per sé" direttamente applicabili in virtù della rafforzata primazia<sup>8</sup>.

L'ordinamento vigente viene così ad essere solo parzialmente nella piena disponibilità del legislatore interno. Lo stesso livello normativo statale, per via dell'estensione delle "mutue influenze", diviene meno sovrano: le norme divengono sempre meno risultato di un univoco processo legislativo e sempre più l'esito di percorsi ermeneutici complessi<sup>9</sup>.

In questo nuovo contesto il diritto penale si forma non solo nel rapporto tra fonti propriamente penali e comunque interne, ma anche nel più complesso sistema normativo plurilivello. Di conseguenza la definizione di diritto penale diviene più ampia sino a "ritenersi comprensiva non solo delle leggi extrapenali espressamente richiamate dalla norma penale e integranti il precetto, ma anche di quelle leggi che ne costituiscono l'indispensabile presupposto, o che concorrono a deter-

---

<sup>6</sup> Cfr. PALADIN, L., *Le fonti del diritto italiane*, Bologna, 1996, pp. 426 ss. e PERLINGIERI, P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, p. 83.

<sup>7</sup> LIPARI, N., *Concorrenza fra ordinamenti e sistema delle fonti*, cit., p. 84.

<sup>8</sup> Nel trattato di Lisbona la primazia viene lasciata fuori dal testo proprio dei trattati, richiamata in una dichiarazione annessa, la n. 17. Si veda: CERULLI IRELLI, V., *I rapporti tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento interno* in BASSANINI, F., e TIBERI, G., (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al trattato di Lisbona*, Bologna, 2008, pp. 383 ss. Sull'assetto precedentemente previsto nel testo costituzionale cfr. KUMM, M., e FERRERES COMELLA, V., *The future of Constitutional conflict in the European union: constitutional supremacy after the Constitutional treaty*, in WEILER, J., e EISGRUBER P. C. L., (a cura di), *Altneuland: The EU Constitution in a contextual perspective*, Jean Monnet Working paper n. 5/04, [www.jeanmonnetprogram.org](http://www.jeanmonnetprogram.org), p. 5.

<sup>9</sup> LIPARI, N., *Concorrenza fra ordinamenti e sistema delle fonti*, cit., p. 85.

minarne anche parzialmente e implicitamente il sostanziale contenuto”<sup>10</sup>, ed alle leggi si aggiungono norme diverse, sempre più spesso originate a livello europeo.

Le fonti europee (e non solo quelle dedicate all’armonizzazione penale) acquisiscono una sempre maggiore capacità di condizionare il diritto penale nazionale. Divengono fondamentali per la corretta definizione dei tipi penali tanto le norme comunitarie, che incidono sull’applicazione del diritto penale interno in via indiretta, sviluppando tutte quelle forme di interferenza che la dottrina e la prassi hanno ben messo in evidenza, quanto le norme con finalità armonizzatoria dei precetti e delle sanzioni penali.

L’eliminazione della struttura in pilastri e la ridefinizione della primazia provvedono – nel testo del nuovo trattato di Lisbona – a determinare effetti espansivi dell’influenza “conformatoria” delle fonti UE.

Le norme armonizzatorie, che ad oggi hanno funto da semplici fonti dal carattere para-internazionalistico, divengono finalmente fonti di diritto con primazia chiara ed effettività piena, come nella tradizione comunitaria. Le fonti dedicate all’approssimazione delle norme penali divengono capaci di dispiegare, nei confronti dell’ordinamento interno, quegli effetti diretti che tanta parte hanno avuto nella costruzione dell’ordinamento comunitario.

Le norme europee divengono dunque idonee ad integrare uno standard penale minimo, un parametro di legalità assai intenso nei confronti delle norme dei codici nazionali e delle leggi penali complementari, anche al di là della loro capacità di produrre “effetti diretti”<sup>11</sup>. Le fonti penali interne trovano per tale via differenti legittimazioni e differenti resistenze al mutamento, emergendo un diritto penale e norme penali che, pur partecipando alla definizione di un medesimo sistema, presentano diversi tipi d’intensità normativa.

Una tale complessità ha però bisogno di principi capaci di riordinare le competenze e la portata degli interventi. A tale proposito un ruolo centrale lo assumono e progressivamente lo assumeranno sempre più principi quali proporzionalità e sussidiarietà<sup>12</sup>.

Si tratta di regole “costituzionali” dall’ambivalente portata e dalla varia operatività, sia quanto alla rivendicazione di competenze tra di diversi livelli dell’ordinamento, sia per quanto riguarda l’opportunità dell’intervento penale nonché per ciò che concerne l’intensità e le caratteristiche delle norme sanzionatorie.

<sup>10</sup> In merito all’espressione “legge penale” impiegata nell’art. 2 c.p., si veda Cass. sez. V, 22 aprile 1981, ric. *Bura* e Cass. sez. II, 8 aprile 1975, ric. *Manzìo*; cfr. GRASSO, G., *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 308.

<sup>11</sup> Cfr. PRINSEN, J. M., e SCHRAUWEN A., (a cura di), *Direct effect, rethinking a classic of EC legal doctrine*, Amsterdam, 2002, e soprattutto il contributo di PRECHAL, S., *Direct effect reconsidered, redefined and rejected*, p. 17 ss.

<sup>12</sup> Cfr. sul tema anche SOTIS, C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, rinvenibile su: [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it).



## § 2. Proporzionalità e integrazione penale europea

Proporzionalità e sussidiarietà sono principi centrali nella costruzione europea cui il nuovo trattato non manca di conferire un ruolo di primo piano. Ciò è confermato dall'introduzione nel testo di Lisbona (così come precedentemente nel testo costituzionale) del Protocollo sull'applicazione dei due principi in una versione che rappresenta un passo avanti considerevole rispetto al testo previgente<sup>13</sup>.

Per quanto ci interessa, appare assai peculiare come entrambi i principi abbiano una rilevante valenza, oltre che a livello dell'Unione europea e del diritto che da questa deriva, anche come principi fondamentali dell'ordinamento interno, e specificamente del diritto penale.

Se la sussidiarietà si occupa dell'*an* e, vedremo, dell'*ubi* dell'intervento penale, la proporzionalità affronta il *quantum* ed il *quomodo* della previsione sanzionatoria.

Nel campo delle scienze penalistiche quello della proporzionalità è concetto dalle molteplici potenzialità d'utilizzo: "uno dei criteri guida che presiedono allo stesso funzionamento dello Stato di diritto" secondo la definizione che ne dà Fian-daca<sup>14</sup>, oltre che nucleo insopprimibile dell'idea retributiva, profondamente connessa alla costruzione penalistica<sup>15</sup>.

La proporzionalità svolge la funzione di richiamare un generale criterio di proporzione tra mezzi impiegati ed obiettivi da raggiungere, oltre che di adeguatezza e conformità dei primi ai secondi.

Quanto al diritto dell'Unione europea trova applicazione in ogni manifestazione di competenza UE, non essendo limitato, così come la sussidiarietà, al campo delle competenze ripartite<sup>16</sup>.

Come sostenuto in dottrina, si dà in genere della proporzionalità "una declinazione secondo la cosiddetta razionalità rispetto ai valori e agli scopi, che presenta valenze di tipo assiologico e teleologico, [...] ma si adatta in entrambi i casi a previ-

---

<sup>13</sup> Formalmente un riferimento al principio di sussidiarietà viene introdotto nel corpo del trattato CE nel 1992, a Maastricht, all'art. 3 b, attualmente, nella numerazione introdotta a Maastricht, art. 5, paragrafo 2. Nel paragrafo 3 è chiaramente rintracciabile, invece, un riferimento al principio di proporzionalità. Anche il trattato UE all'articolo 6, paragrafo 4 di riferisce "ai mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e portare a compimento le sue politiche", chiaramente richiamando il principio di sufficienza dei mezzi. È toccato invece al Consiglio Europeo di Edimburgo del dicembre 1992 articolare le fasi di attuazione concreta della sussidiarietà, affermandone in via preventiva la giustiziabilità da parte della Corte di giustizia CE.

<sup>14</sup> FIANDACA, G., *Diritto penale*, PG, Bologna, 2001, p. 654.

<sup>15</sup> PEDRAZZI, C., *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1990, p. 74.

<sup>16</sup> Anche su questi profili e sulla divisione di competenze penali nella nuova Unione si veda: NUOTIO, K., *On the significance of criminal justice for a Europe 'United in diversity'*, in NUOTIO K., (a cura di), *Europe in search of meaning and purposes*, Helsinki, 2004, p. 171 ss. e spec. p. 201 ss.

sioni le quali tengono conto di una quantità di sapere empirico circoscritta<sup>17</sup>; ciò si inserisce in una valutazione circa l' idoneità dell'azione per il raggiungimento dello scopo, a fronte di una stringente valutazione di necessità, generalmente richiesta per ciò che concerne il rispetto e la corretta applicazione del principio di sussidiarietà.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha fatto numerosi e rilevanti riferimenti al principio, affermando come “per determinare se una disposizione del diritto comunitario rispetti il principio di proporzionalità, è necessario verificare se i mezzi selezionati sono adatti alla realizzazione dell'obiettivo perseguito e se non vanno troppo al di là di quanto non sia necessario per ottenerlo<sup>18</sup>”.

Il principio di proporzionalità è stato – ancor prima della sua formulazione nella Carta dei diritti che ha provveduto a stabilire una diretta relazione (per quanto riguarda il diritto UE) con la sanzione penale – utilizzato sovente nella valutazione delle sanzioni (amministrative) comunitarie<sup>19</sup>; è naturale dunque che rappresenterà un parametro fondamentale al fine della valutazione della legittimità delle pene previste dagli strumenti normativi europei, pur rimanendo ancora tutti da costruire i criteri di valutazione da adottare.

La Carta europea dei diritti fondamentali, infatti – richiamata e per tal via integrata nel trattato di Lisbona (per via dell'art. 6 del nuovo trattato sull'Unione europea) – contiene all'art. 49 un forte richiamo al principio di proporzionalità di reati e delle pene<sup>20</sup>.

Ciò detto, appare però indubbio come, ai fini di una corretta comprensione delle possibilità di espansione dell'ambito della materia penale nell'UE, il principio di sussidiarietà risulti capace di svolgere un ruolo notevolmente superiore, fino ad ingenerare, nel suo rapporto con l'omonimo principio penale, degli avanzamenti notevoli e di vasta portata per tutta la “materia penale”.

Tenuto conto, inoltre, del rafforzamento delle competenze in materia di armonizzazione del diritto penale, sino a giungere, addirittura, ad ipotesi di unificazione dei tipi penali, diviene necessario individuare criteri, il meno conflittuali possibili, di riparto delle competenze penali dell'Unione. Diverrà urgente (di pari passo con l'estensione della portata e della cogenza delle competenze UE) stabilire condizioni e modalità dell'intervento normativo europeo, delineandone i limiti di legitti-

<sup>17</sup> DONINI, M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in MOCCIA S., (a cura di), *Ambito e prospettive...*, cit., p. 138.

<sup>18</sup> Si vedano tra le altre la sentenza in causa C-426/93 del 9.11.1995, *Germania c. Consiglio* ed in causa C-181/84 del 14 settembre 1985, *Regina c. IBAP*.

<sup>19</sup> GRASSO, G., *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, p. 320 ss.

<sup>20</sup> Principio che si rivolge non solo al legislatore nazionale o comunitario ma anche al giudice che applica il diritto, richiedendogli un simile sentire rispetto alla proporzionalità in tutti gli Stati membri, cfr. NUOTIO, K., *On the significance of criminal justice for a Europe 'United in diversity'*, in NUOTIO K. (a cura di), *Europe in search of 'meaning and purposes'*, Helsinki, 2003, p. 203.

mità. Tali preoccupazioni circa un corretto riparto delle competenze, rispettoso della sovranità degli Stati, divengono viepiù rilevanti nelle occasioni in cui l'intervento normativo delle fonti dell'Unione si va ad inserire in una materia quale quella penale.

Ciò premesso diviene necessario dare sostanza e capacità regolativa ai principi che fungono da limite e strumento di definizione dei confini tra le varie competenze, e tra questi un ruolo centrale lo svolgono proporzionalità e sussidiarietà.

Attribuire centralità a tali principi significa dotare il dibattito istituzionale e giuridico (oltre che politico) di parametri verificabili e capaci di orientare le scelte della "giurisdizione costituzionale" (interna ed europea) nell'eventualità, invero non remota, di scontri tra i diversi livelli istituzionali legittimati all'intervento regolativo e normativo.

Si tratta di fare tesoro dell'esperienza delle Corti supreme dei paesi federali (nonché delle vicende italiane post riforma del titolo V della Costituzione): la moltiplicazione dei livelli normativi e dei luoghi deputati ad operare scelte pubbliche vincolanti produce l'incremento dei conflitti tra attori istituzionali e livelli di governo.

Strumenti certi e verificabili di risoluzione delle controversie, che risultino condivisi e rispettati, divengono dunque sempre più necessari.

### § 3. La sussidiarietà europea e le vicende penali

La competenza penale dell'UE, come disciplinata dal trattato di Lisbona, s'iscrive tra le materie di competenza ripartita. La competenza è dunque esercitabile soltanto se, e nella misura, in cui gli obiettivi dell'azione pubblica non possano essere e raggiunti dall'azione degli Stati membri, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere meglio perseguiti a livello sovranazionale.

Tale idea di sussidiarietà<sup>21</sup> esprime l'esigenza di tenere l'intervento pubblico quanto più vicino possibile ai cittadini che ne sono i destinatari finali. Si tratta, dunque, di determinare in maniera efficace il "livello di governo" cui consentire la scelta normativa e la sua gestione; di individuare dunque quale tra il livello statale, sovra- ed infra-nazionale sia quello più adeguato e funzionale ai fini dell'ottenimento dei risultati prefissati: una sorta di "ragionevolezza democratica", per usare la felice espressione di Cerri<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Appare abbastanza evidente il riferimento ad una concezione di sovranità quale quella dell'art. 2, par. 2, della Legge fondamentale tedesca che abilita l'intervento federale riferendosi ad ipotesi ove "una questione non può essere efficacemente regolata dalla legislazione dei singoli Länder"; cfr. anche HASSEMER, W., *Strafrecht in einem europäischen Verfassungsetrag*, op.cit., p. 315.

<sup>22</sup> CERRI, A., *L'integrazione europea nella giurisprudenza delle Corti*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 1494. Si veda anche DE BURCA, G., *Reappraising Subsidiarity's significance after Amsterdam*, Harvard Jean Monnet Working paper, n. 7/99, rinvenibile su [www.jeanmonnetprogram.com](http://www.jeanmonnetprogram.com).

Ci troviamo a cospetto di un criterio di riparto verticale che acquisisce un ruolo crescente nella definizione dell'assetto delle politiche europee (e più specificamente del loro esercizio).

A ciò è necessario associare il ruolo fondamentale del principio di sussidiarietà nel campo del diritto penale<sup>23</sup> quale espressione della concezione dell'opzione penale in senso *lisztiano* o di *extrema ratio*; secondo tale dottrina l'intervento del diritto penale si configura, "sia [in termini] di costruzione dell'illecito e sia di tipologia penale"<sup>24</sup>, come sussidio estremo rispetto a strumenti preventivi e repressivi di carattere extrapenale, una volta che questi si siano rilevati insufficienti<sup>25</sup>. La sussidiarietà penale diviene dunque principio di determinazione dell'opportunità e valutazione della liceità dell'intervento della norma penale.

In questo modo entrambi i principi, o per meglio dire i differenti modi d'atteggiarsi del medesimo principio di sussidiarietà, divengono strumenti di realizzazione del corretto riparto di competenze (e del loro esercizio) tra livelli e settori dell'ordinamento giuridico; come se avessimo a che fare con le coordinate ottimali della produzione normativa, fino al punto della "negazione – in caso del mancato rispetto dell'*extrema ratio* – della legittimità di qualsiasi competenza politico-criminale"<sup>26</sup>. In entrambi i casi vale la pena notare come in tutte le accezioni il principio in questione tenda, in linea teorica, alla riduzione dell'intervento legislativo (e dell'opzione penale); il nocciolo duro della sussidiarietà è infatti – a partire dalle sue ascendenze *althussiane*<sup>27</sup>, – la funzione di limitazione del potere di intervento e di interferenza della mano pubblica, a favore di processi di autorganizzazione o di rafforzamento del potere "democratico", ovvero di una riconduzione del potere il più possibile in prossimità dei cittadini.

---

<sup>23</sup> Si rinvia inoltre alle riflessioni di RESCIGNO, G. U., *Principio di sussidiarietà nel diritto pubblico e nel diritto penale, principio di legalità, riserva di legge*, in INSOLERA, G. (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, p. 107 ss.

<sup>24</sup> DONINI, M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in MOCCIA, S. (a cura di), *Ambito e prospettive*, cit., p. 129.

<sup>25</sup> Ci riferiamo a quell'idea di *extrema seu ultima ratio* che vuole il diritto penale come strumento ultimo ed auspicabilmente inutilizzato di sanzione giudiziaria degli illeciti. Il rinvio che operiamo è ad una lettura minima dell'intervento penale, in continuità ideale con i principi illuministici, nella consapevolezza dell'attuale diversità del panorama giuridico cui ci confrontiamo. Per un approfondimento si rinvia alle riflessioni di LÜDERSSEN, K., *Il declino del diritto penale*, Milano, 2005 e nello specifico al saggio *Politica criminale e strategie sanzionatorie: sul ruolo del diritto civile*, p. 131 ss. Parziale traduzione di: *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, del 1992.

<sup>26</sup> DONINI, M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, op. cit., pp. 130-131.

<sup>27</sup> La sussidiarietà è principio che appare nella cultura europea anche grazie alle riflessioni di Johannes Althusius, pensatore tedesco vissuto nei primi anni del XVII secolo, calvinista, tra i primi teorici di una idea popolare di sovranità. La sua principale opera è *Politica methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata*, in italiano, a cura di NERI, D., *Politica. Johannes Althusius*, Napoli, 1980.

Un tale approccio sussidiario è declinabile anche mediante la teoria del “diritto penale minimo”<sup>28</sup>, laddove l’intervento penale rappresenta la forma più invasiva della pretesa pubblica.

Siamo a cospetto di un principio che ingloba due diversi (ma coerenti) criteri regolatori delle competenze: da un lato uno strumento di regolazione orizzontale (tra strumenti amministrativi, civili, penali *etc.*) e dall’altro una regola di riparto verticale delle competenze (e del loro esercizio) tra diversi livelli normativi (abilitante dunque l’opzione penale a livello statale o sovranazionale) alla ricerca di un intervento penale razionale e limitato.

Nel contesto istituzionale dell’Unione europea è dunque possibile elaborare un momento importante di sintesi capace di permettere un avanzamento teorico consistente proprio al diritto ed alla legislazione penale; ciò anche grazie ad una corretta interpretazione e ad un proficuo richiamo al principio di sussidiarietà. Si tratta dell’elaborazione di un nuovo paradigma che consenta di recuperare un limite (di rilevanza costituzionale cogente) all’espansione dell’area della penalità, anche mediante l’utilizzazione di strumenti valutativi giudizialmente verificabili, capaci di controllare il corretto utilizzo dello strumentario legislativo<sup>29</sup>.

### § 3.1 Sussidiarietà e “materia penale”, il controllo della “doppia necessità”

Il trattato di Lisbona, sulla scia di quanto già contenuto nel trattato costituzionale, mai entrato in vigore, attribuisce un ruolo centrale al principio di sussidiarietà. Di più. Vengono definiti una serie di strumenti atti a garantire la concreta effettività del principio ed il suo costante controllo nell’attuazione delle politiche europee<sup>30</sup>.

Il ruolo del principio di sussidiarietà inteso in chiave europea cresce in maniera considerevole nell’ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia fino ad ad-

<sup>28</sup> Cfr. CURI, U. e PALOMBARINI M. (a cura di), *Diritto penale minimo*, Bologna, 2002; si tratta di posizione tributaria dell’elaborazione scientifica ascrivibile a studiosi del calibro di Ferrajoli, Baratta, Pavarini, Moccia. Anche sotto il profilo della sussidiarietà, intesa come strumento di approssimazione dell’intervento pubblico alla scelta del destinatario, è possibile rintracciare una dinamica penalistica prendendo in conto tutti quei processi che nel campo ‘penale’ tendono ad una privatizzazione della composizione dei conflitti; ci riferiamo al crescente ruolo della mediazione, alla estensione dei meccanismi di autotutela e, nel campo processuale, ad una accresciuta disponibilità di parte dell’azione penale.

<sup>29</sup> Una interessante analisi dei processi di espansione del diritto penale nella contemporaneità in SILVA SANCHEZ, J.M., *L’espansione del diritto penale*, Milano, 2004; l’Autore si dichiara scettico rispetto a dinamiche di contenimento del fenomeno espansivo, la sua analisi propone una distinzione di più modelli penali (velocità), a seconda delle funzioni proprie della normazione, auspicando un ritorno al *gutes, altes liberales Strafrecht*, p. 101 ss.

<sup>30</sup> Per una completa analisi della sussidiarietà in ambito UE si rimanda ad: ESTELLA, A., *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique*, Oxford, 2002. Vi rinviamo anche per un’analisi della dottrina della Corte di giustizia in materia di sussidiarietà, soprattutto alle pagine 137 e seguenti.

divenire ad un accentuazione ulteriore nel quadro delle sezioni 4 e 5 del capo IV, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, specificamente le sezioni dedicate "alla cooperazione giudiziaria in materia penale" ed alla "cooperazione di polizia"<sup>31</sup>.

L'art. 69 del trattato prevede esplicitamente, ai fini dell'implementazione delle sezioni 4 e 5 del capo IV, che i parlamenti nazionali abbiano il compito di vigilare sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, secondo le modalità previste dall'apposito protocollo.

In materia di cooperazione penale infatti le stesse regole previste da trattati e protocolli in materia di controllo di sussidiarietà sono rafforzate. Il protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità prevede specificamente (all'art. 7) che i progetti legislativi in materie afferenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia siano riesaminati qualora i pareri motivati sul mancato rispetto dei principi in questione rappresentino almeno un quarto dei voti concessi ai parlamenti nazionali; la soglia è invece più alta, nella misura di un terzo dei voti, per tutti gli altri campi di competenza dell'UE.

Le speciali attenzioni del nuovo trattato nei confronti delle politiche in materia penale e di polizia non si esauriscono però in queste disposizioni particolari.

Tutto il capo IV è costellato di clausole di salvaguardia particolari e di speciali richiami alla "necessità" degli interventi nella materia.

Si vuole sottolineare in tal modo come l'applicazione del canone di sussidiarietà debba essere ancor più accorta nella materia penale e come la valutazione preventiva all'adozione delle misure debba essere effettuata in maniera rigorosa e ponderata.

I richiami alla sussidiarietà (intesa come necessità dell'intervento legislativo)<sup>32</sup> sono presenti sin dall'articolo di apertura del titolo V del TFUE, art. 67, che abilita il riavvicinamento delle legislazioni solo "se necessario".

Anche in materia procedurale l'articolo 82 consente l'adozione di norme minime processual-penalistiche solo "laddove necessario".

Affinché l'approssimazione sostanzial-penalistica possa essere attuata, al fine di garantire l'implementazione efficace di una politica dell'Unione, il riavvicinamento deve rivelarsi, secondo quanto previsto dall'art. 83, come "indispensabile".

Tutti questi richiami alla indispensabilità o necessità dell'intervento *lato sensu* penale paiono modulare un concetto di sussidiarietà, che si interseca in maniera abbastanza felice con l'idea di sussidiarietà penale, nel senso che la legittimità della

<sup>31</sup> Del resto si tratta di attenzione immediatamente sottolineata già dai primi commentatori. Si veda a proposito: FLYNN, B., *Reformed subsidiarity in the Constitution for Europe*, EIPA Working paper, n. 2005/W/07, in [www.eipa.nl/publications](http://www.eipa.nl/publications), pp. 16-17.

<sup>32</sup> Per una interpretazione autonoma del principio di necessità si rinvia al lavoro di Carlo Sotis: SOTIS, C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, Diritto penale contemporaneo, 2011, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

scelta penale è anch'essa condizionata da una valutazione di indispensabilità della sanzione penale cui vanno preferite, sempre ove possibili, altre soluzioni.

Si tratta di ricercare un terreno comune a concezioni comunque apparentemente autonome di sussidiarietà. Cioè, da un lato, ci si riferisce ad una sussidiarietà intesa nel senso di corretta allocazione del potere pubblico (anche nel senso di necessità dell'intervento) e dall'altro si fa riferimento ad una idea di limitazione o di ostacolo, per quanto possibile, all'introduzione di sanzioni penali.

Non può non essere messo in evidenza come nel momento dell'applicazione pratica sia la proporzionalità che la sussidiarietà abbiano patito una difficoltà empirica di affermarsi e di fungere da reale limite all'estensione dell'interventismo della Comunità prima e dell'Unione poi<sup>33</sup>.

Anche sul piano penale una corretta ricostruzione del modello penale e politico criminale, operata da dottrina e giurisprudenza costituzionale, non sono riuscite a fare da argine ad un intervento legislativo che – prescindendo dalla corretta osservanza d'indicazioni limitative pur rinvenibili – ha determinato la costruzione di un sistema penale che abbiamo definito ipertrofico, sino ai limiti di una crescente ineffettività. La sfida reale è dunque, sia a livello europeo che a livello nazionale, quella di trovare strumenti di valutazione e controllo effettivamente in grado di contenere le tendenze espansionistiche dell'intervento penale.

### § 3.2. *Verso un controllo giurisdizionale della sussidiarietà*

Nel quadro dell'integrazione europea i tentativi finalizzati a garantire una concreta giustiziabilità del principio di sussidiarietà sono stati, se possibile, più intensi che a livello interno.

Tale processo arriva (o tenta di arrivare) a soluzioni ancor più avanzate con il trattato di Lisbona. È infatti attraverso la predisposizione di meccanismi di cosiddetto 'early warning' e l'estensione della legittimazione a ricorrere che si giunge alla prospettazione di un possibile sindacato (nelle speranze più efficace di quanto sinora sia stato possibile) della Corte di giustizia il cui mandato a giudicare di tali questioni viene dunque ampliato<sup>34</sup>.

Il problema rimane quello di stabilire concreti parametri che rendano effettivo il controllo degli interventi legislativi facendo ciò senza intaccare la sovranità della scelta politica che sta alla base delle opzioni normative.

---

<sup>33</sup> Su questa duplice valenza della sussidiarietà si veda: GAJA, G., *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 2009 (ult. ed.) e CARETTI, P., *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in QC, 1993, p. 15 ss.

<sup>34</sup> Si veda anche GIUDICELLI, DELAGE, G., MANACORDA S. (a cura di), *Cour de Justice et Justice penale en Europe, Paris*, 2010, *infra* soprattutto alle p. 129 ss.

Anche in questo caso il modello UE è avanzato rispetto al processo legislativo interno ed alla conseguente possibilità, in sede nazionale, di un sindacato relativo al rispetto della sussidiarietà.

Ciò nonostante la circostanza che a nazionale la Corte costituzionale in più d'una occasione si sia dimostrata sensibile alla necessità di un contenimento della legislazione penale (oltre che all'opportunità di individuare dei meccanismi chiari di selezione dei beni giuridici meritevoli di tutela penale); pur non riuscendo a fornire elementi concreti a fondamento di tale auspicato contenimento delle scelte penali.

La sentenza n. 409 del 1989 è arrivata sino al punto di affermare che: “non v'è dubbio che il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte di criminalizzazione ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante. [...] La non applicazione, da parte del legislatore ordinario, dei criteri informativi di politica criminale (quale quello di “sussidiarietà” del diritto penale) costituzionalmente sanciti, possono, infatti, essere censurati da questa Corte solo per violazione del criterio di ragionevolezza e per indebita compressione del diritto fondamentale di libertà costituzionalmente riconosciuta”.

Nella successiva sentenza n. 487 dello stesso anno, vengono ricordati “a proposito dei limiti sostanziali del legislatore nelle scelte criminalizzatrici, i principi di sussidiarietà, proporzionalità e frammentarietà dell'intervento penale, costituenti quanto meno, direttive di politica criminale”.

Quanto alla sussidiarietà i giudici costituzionali hanno affermato come: “il principio di sussidiarietà, per il quale la criminalizzazione, costituendo l'ultima ratio, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire, implica, fra l'altro, programmi di politica generale, e criminale in specie, nonché giudizi prognostici che soltanto lo Stato può formulare”.

Nelle richiamate sentenze la sussidiarietà viene invocata quale principio di corretta legislazione<sup>35</sup>.

Nelle pronunce traspare la preoccupazione per una seria valutazione di tali applicazioni del principio attraverso un controllo concreto ed effettivamente operabile:

1) sotto il profilo della razionalità della scelta legislativa, secondo i consueti parametri adottati dalla Corte, anche mediante il ricorso ad un *tertium comparationis*, necessario ai fini dell'individuazione della contestata irrazionalità<sup>36</sup>;

<sup>35</sup> Per una utile ricostruzione della giurisprudenza in argomento si veda: MUSCO, E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 62 ss.

<sup>36</sup> Cfr. PALAZZO, F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in GIOSTRA, G. e INSOLERA, G. (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quaranta anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, p. 74 ss., FIANDACA, G., *Controllo di razionalità e legislazione penale*, in *Il diritto*



2) sotto il profilo della eccessiva compressione dei diritti di libertà individuale, ai fini della cui valutazione allo stesso modo appare necessario effettuare un giudizio di tipo comparativo<sup>37</sup>.

Sul piano europeo, invece, il nuovo trattato, confermando ed istituzionalizzando un processo già in corso, ha tentato di determinare un avanzamento per ciò che concerne ipotesi di concreta giustiziabilità (che si affiancano ad altre soluzioni essenzialmente politiche<sup>38</sup>) di tali principi, mediante l'utilizzo di strumenti empirici di valutazione ed analisi<sup>39</sup>.

Il protocollo sull'applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà è, a questo proposito, assai chiaro: "I progetti di atti legislativi sono motivati con riguardo al principio di sussidiarietà e di proporzionalità. Ogni progetto di atto legislativo europeo è previsto che venga accompagnato da una scheda contenente elementi circostanziati che consentano di valutare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Tale scheda dovrebbe fornire elementi che consentano di valutarne l'impatto finanziario e le conseguenze, quando si tratta di una legge quadro europea, sulla regolamentazione. [...]. Le ragioni che hanno portato a concludere che un obiettivo dell'Unione può essere conseguito meglio a livello di quest'ultima sono confortate da indicatori qualitativi e, ove possibile, quantitativi. I progetti di atti legislativi europei tengono in conto della necessità che gli oneri, siano essi finanziari o amministrativi, che ricadono sull'Unione, sui governi nazionali, sugli enti regionali o locali, sugli operatori economici, sui cittadini, siano il meno gravosi possibile e commisurati con l'obiettivo da conseguire" (art. 5).

---

*penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 79 ss., INSOLERA, G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza in materia penale*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2000, p. 288 ss., MORRONE, A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001 e SCACCIA, G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

<sup>37</sup> Scrive Donini: "rispetto alle Corti costituzionali nazionali si suole indicare un limite estremo di sindacabilità delle scelte legislative fissato dal divieto di giudizi di fatto relativi alle indagini sull'efficacia delle leggi: vi sarebbe una sorta d'incompetenza funzionale di un giudice delle leggi e dei valori a compiere verifiche di questo tipo", in DONINI, M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Ambito e prospettive*, cit., p. 144.

<sup>38</sup> Alcune soluzioni di tipo legislativo atte a garantire l'effettiva applicazione dei canoni di *extrema ratio* nella selezione della opzione penale sono oggetto di discussione giuridica e politica interna. Accanto alle soluzioni proposte dalla bicamerale (vincolo di "afferrabilità" del bene giuridico tutelando), o alla riserva di codice elaborata da Ferrajoli, vale la pena di ricordare anche l'ipotesi di una riserva di legge aggravata per le ipotesi di formulazione di nuovi tipi penali avanzata da Musco, in MUSCO, E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 169 ss.

<sup>39</sup> Sono molteplici i riferimenti della legislazione europea alla necessità di valutazioni di impatto della legislazione anche con riferimento a tali principi. Da ultimo e proprio in materia penale la necessità della valutazione circa la necessità dell'intervento penale è riaffermata da specifiche disposizioni in materia di elaborazione della normativa penale dell'Unione; vedi il "Progetto di conclusioni del Consiglio [...] concernenti disposizioni tipo che fungano da orientamento ai negoziati condotti dal Consiglio nel settore del diritto penale".

Il testo del protocollo inserisce degli elementi di estremo interesse nel percorso verso una concretizzazione del controllo relativo al rispetto dello *standard* di sussidiarietà degli atti normativi adottati a livello europeo. A tal proposito viene richiesta un'adeguata motivazione della scelta d'intervento assieme alla esplicazione dell'analisi di impatto della legislazione, sia da un punto di vista prettamente normativo che sotto un profilo economico nonché delle implicazione pratiche ed amministrative (anche al fine di evitare eccessivi appesantimenti burocratici: il cosiddetto *goldplating*). Interessante, inoltre, la richiesta di indicatori di tipo qualitativo ed ove possibile quantitativo a supporto della scelta operata.

Si tratta di vincoli ulteriori alla potestà legislativa che vengono introdotti al fine di permettere un migliore e più ampio sindacato, anche giudiziario, abilitato dal combinato disposto degli artt. 263 TFUE ed 8 del protocollo annesso.

L'indicazione di tali parametri, ove recepita anche dai procedimenti legislativi interni, conseguirebbe l'effetto di rendere possibile una migliore valutazione della sussidiarietà penale, posto l'atteggiamento non pregiudizialmente ostile anche della nostra Corte costituzionale.

Tale controllo può sfuggire a dinamiche di deleteria politicizzazione solo attraverso la seria predisposizione di strumenti valutativi azionabili nel momento processuale, nonché attraverso strumenti di indagine pratico-empirica che potrebbero essere concessi alle corti supreme (o semplicemente lasciare che queste li utilizzino), come del resto già avviene negli Stati Uniti (e solo parzialmente in Europa).

La Corte di Lussemburgo ha sperimentato limitate e prudenti applicazioni pratiche del principio di sussidiarietà nell'attesa di potersi confrontare con un quadro più chiaro, come emergente dal nuovo assetto istituzionale<sup>40</sup>. Sicuramente il sindacato di sussidiarietà operato a livello UE può evolvere in maniera più piana di quanto non possa accadere al livello interno, anche per ragioni strutturali, connesse al modello istituzionale e normativo sovranazionale.

Nel rapporto UE/Stati membri la sussidiarietà (intesa in questo caso in senso verticale) serve ad allocare l'esercizio corretto delle competenze, dunque a chi tocchi disciplinare l'intervento penale. Quanto alla sussidiarietà intesa invece come criterio di scelta tra sanzione penale ed altri strumenti (dunque questa volta inteso in senso orizzontale) si tratta di individuare quale sia lo strumento normativo più idoneo a tutelare le finalità dell'ordinamento ed i beni giuridici degni di protezione (ad esempio la scelta tra sanzioni penali o d'altro genere). Nel primo caso il conflitto viene in essere essenzialmente per rivendicare il potere di decidere, mentre nel secondo caso la questione riguarda il tipo di intervento da adottare (ad esempio se

---

<sup>40</sup> Ci riferiamo ai due *leading case* in materia: *Regno Unito c. Consiglio e Parlamento*, in causa C-84/94 e *Germania c. Consiglio e Parlamento* in causa C-233/94. In queste vicende giudiziarie la posizione della Corte non è stata particolarmente ferma, né il sindacato sul rispetto della sussidiarietà materiale specialmente approfondito; cfr. ESTELLA, A., *The EU principle of subsidiarity and its critique*, op.cit., p. 137 ss.

penale o amministrativo). Nell'ipotesi della concezione che ai nostri fini abbiamo definito orizzontale della sussidiarietà la prossimità al principio di proporzionalità è maggiore.

L'esperienza europea appare dunque idonea anche al fine di meglio comprendere ed articolare il funzionamento di principi tradizionali della politica criminale e della scelta normativa penale nazionale, rivitalizzando il principio di sussidiarietà (nel senso di *ultima seu extrema ratio*) penale. Si tratta, infatti, di principi che necessitano di essere integrati con e da elementi empirici, tributari di una cultura giuridica che diviene attenta, in misura sempre maggiore, ad un corretto equilibrio istituzionale e a produrre interventi normativi efficaci e verificabili come tali.

Nella concreta esperienza delle istituzioni, però, la sussidiarietà non è sempre stata solo limite all'intervento normativo dell'Unione; almeno nella prassi istituzionale troppe volte è infatti funta da fondamento per l'esercizio di competenze normative, fornendo persino la giustificazione teorica all'effettiva utilizzazione, da parte europea, delle competenze ripartite.

Tale impostazione è presente e desumibile anche dallo stesso testo dei trattati e nello specifico dal fondamentale art. 5 del TUE.

Inoltre, nel suo rapporto con la sussidiarietà comunitaria, il corrispondente principio penale nazionale potrebbe condurre al risultato, invero paradossale, di produrre un'estensione dell'intervento delle norme europee. Come notato in dottrina, infatti, un mancato intervento interno, in adesione ad una lettura "stretta" del principio di *ultima ratio*, potrebbe favorire l'assunzione di competenza del livello UE, sulla base di un supposto *deficit* di tutela nazionale.

Sul punto ci pare però di poter condividere quella dottrina per cui "l'Unione europea non deve funzionare come un moltiplicatore di norme e sanzioni penali, al fine di adeguare tutti gli Stati sul livello punitivo di singoli paesi più arretrati sul terreno della prevenzione del crimine. Più penale significa spesso meno prevenzione [...] e quindi un tradimento, anziché a realizzazione dell'*extrema ratio* [...] si prende il peggio degli ordinamenti statali, quelli più punitivi, e lo si estende a tutti gli altri, oppure si estendono per analogia le fattispecie nazionali a nuove fattispecie comunitarie"<sup>41</sup>.

Tali paradossali risultati sono ben possibili qualora l'organizzazione dei rapporti tra livelli normativi non venga strutturata in maniera tale da consentire efficaci meccanismi di controllo fondati, come ribadito, sulla predisposizione di parametri empiricamente verificabili, secondo uno schema che sappia essere funzionale ed efficiente<sup>42</sup>, che sappia quindi consentire una reale concorrenza tra le diverse op-

---

<sup>41</sup> DONINI, M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, op.cit., pp. 184-185.

<sup>42</sup> È forse in questo caso che il tanto vituperato modello efficientista e funzionalista tipico della costruzione europea potrebbe venire in soccorso, decretandone una nuova vitalità, di un principio classico del diritto penale liberale, il cui ruolo pareva appannato in un periodo di espansione ipertrofica del diritto penale; interessante a proposito di una possibile alleanza tra diritto penale nella sua acce-

zioni normative alla ricerca di modalità d'intervento che mirino alla concreta riduzione dei costi, anche umani, dell'intervento sanzionatorio penale.

#### § 4. Le coordinate del sistema penale dell'Unione europea

Vale la pena, forse, al punto cui siamo giunti, di provare a sintetizzare quanto sino ad ora – non senza fatica e limiti – si è tentato di portare alla luce. Va da sé che il confronto con un modello nuovo è sempre arduo e rischioso e che solo la concreta esperienza di attuazione degli strumenti adottati a Lisbona saprà fornire più serie indicazione circa le direttrici di sviluppo del sistema.

Allo stato però è possibile individuare le seguenti direttrici. Il campo delle competenze penali si va strutturando attraverso due distinti modelli di intervento:

1) quello armonizzatorio e 2) quello unificatorio.

Si tratta di modelli di intervento del diritto UE in materia penale che a loro volta sono motivati da finalità e ragioni di tipo diverso.

L'intervento armonizzatorio (dunque finalizzato alla definizione di tipi penali e regole armoniche secondo un processo di approssimazione) può essere sia strettamente funzionale alla cooperazione ed al mutuo riconoscimento che finalizzato alla determinazione delle caratteristiche proprie del reato, in ragione di una scelta politica che richiede l'armonizzazione del reato.

L'intervento teso ad unificare i tipi penali (atto dunque alla produzione di reati applicabili in tutto il territorio dell'Unione) può essere, secondo le previsioni dei trattati, determinato dal fine di tutela degli interessi finanziari, o, d'altro lato, può connettersi al carattere transnazionale dei crimini e dunque, anche in questo caso, alle caratteristiche intrinseche dei reati che potrebbero richiederne una "procedibilità" unificata a livello europeo.

Un tale esercizio delle competenze penali deve essere regolato dai principi di sussidiarietà e proporzionalità.

Rispetto all'intervento armonizzatorio, funzionale alla cooperazione ed al mutuo riconoscimento, proporzionalità e sussidiarietà possono efficacemente contribuire a determinare i limiti di tale competenza europea, favorendone "una funzione di disciplina e non d'incriminazione"<sup>43</sup>.

Nel senso che gli strumenti normativi dedicati all'armonizzazione, quando questa è finalizzata al corretto funzionamento del mutuo riconoscimento, dovrebbero essere ritenuti incapaci – o comunque in linea di principio non idonei – di a-

---

zione classica e strumenti di analisi empirici della legislazione la riflessione di LÜDERSSEN, K., *Law and economics nella politica criminale*, in LÜDERSSEN, K., *Il declino del diritto penale*, Milano, 2005, p. 11 ss.

<sup>43</sup> SOTIS, C., «*Manvaises pensées et autres*» à propos des perspectives de création d'un droit pénal communautaire, in MANACORDA, S. e GIUDIDELLI G., (a cura di), *L'intégration pénale indirecte*, Paris, 2005, p. 243 ss.

vere come effetto l'estensione degli ambiti penali oggetto di armonizzazione, limitandosi a favorire il minor intervento penale possibile, al solo scopo di consentire una più efficiente cooperazione tra le autorità giudiziarie e l'interoperabilità tra sistemi.

Quanto invece all'intervento armonizzatorio con funzione 'politico-criminale' autonoma, nel senso di "derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati", la valutazione da farsi è di stretta sussidiarietà, essendo necessario valutare, attraverso parametri certi e verificabili, di tipo empirico, teorico e normativo, l'utilità concreta dell'intervento legislativo, predisponendo anche degli strumenti di valutazione successivi all'entrata in vigore della disposizione. Solo in questo modo è possibile minimizzare i costi degli interventi normativi e limitare l'ipertrofia penalistica scongiurando un eccessivo irrigidimento dell'ordinamento giuridico (penale).

L'intervento finalizzato ad unificare le norme penali di parte speciale va considerato in maniera ancora più attenta, consentendone un'estensione ancora più ridotta. Le possibilità, come visto, sono limitate agli interessi finanziari e, nel caso vi fosse la volontà politica unanime, ai crimini transfrontalieri e dunque al funzionamento della Procura europea.

Nella prima ipotesi il trattato pare aver già provveduto a fare una valutazione di utilità, essendo la via verso una disciplina unica della tutela penale degli interessi finanziari già aperta e percorsa da numerosi interventi di tipo comunitario ed intergovernativo. Nel caso invece dei crimini transfrontalieri appare necessario fare ricorso con la massima attenzione ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, al fine di valutare necessità (non mera utilità) ed opportunità dell'intervento, oltre che le modalità di questo sotto il profilo della proporzionalità.

Della necessità di una valutazione di *extrema ratio* v'è conferma esplicita e diretta nel testo del trattato il quale richiede l'attivazione di questa particolare competenza mediante una deliberazione all'unanimità (e quindi con il consenso di tutti gli Stati membri).

Si tratta di una condizione di "operabilità" della competenza UE certamente aggravata. Si produce un chiaro innalzamento della "soglia politica di accesso" a tali strumenti normativi e dunque, in tal modo, la normativizzazione del principio di *ultima ratio*.

Ricapitolando. È possibile definire in via interpretativa dei limiti ulteriori alle competenze penali dell'UE.

Quando l'intervento è finalizzato al mero funzionamento della cooperazione giudiziaria e del mutuo riconoscimento va ritenuta esclusa (secondo una lettura stringente della sussidiarietà) la possibilità di ampliare l'area della repressione penale.

Negli altri casi va ricercato, di volta in volta, il limite dell'intervento criminalizzante, fondando la scelta normativa su parametri verificabili.

Un ulteriore profilo di limitazione della competenza UE potrebbe essere introdotto dal punto di vista operativo. Facciamo rinvio a quei riferimenti relativi a strumenti di regolazione dell'intervento penale modellati sul principio della com-

plementarietà *ex art. 17* dello Statuto della Corte penale internazionale, che limita l'intervento della giurisdizione della CPI ai soli casi di inidoneità, incapacità o indolenza delle giurisdizioni interne<sup>44</sup>. Per quanto riguarda l'Unione europea ci si dovrebbe riferire agli organi di procura nazionale che ove “*unable o unwilling*” rispetto all'esercizio dell'azione penale potrebbero essere surrogati dall'istituzione continentale, la c.d. Procura europea; andrebbe di conseguenza attribuita una funzione di mero controllo ad un organo giudicante sovranazionale che potrebbe essere identificato nei tribunali specializzati la cui istituzione è specificamente abilitata dal trattato di Lisbona (art. 257 TFUE). Anche in questo caso il sistema modellato sulla complementarietà servirebbe a delimitare le competenze UE ed a garantire il corretto funzionamento del sistema penale.

---

<sup>44</sup> Si veda TRICOT, J., *Ministère public européen et systèmes pénaux nationaux. Les enjeux de l'articulation verticale* e SOTIS, C., «*Manvaises pensées et autres*» à propos des perspectives de création d'un droit pénal communautaire, in MANACORDA, S. e GIUDICELLI G., (a cura di), *L'integration pénale indirecte*, Paris, 2005.

Luca Albino\*

## LA LEALE COOPERAZIONE NEI SISTEMI MULTILIVELLO

SOMMARIO: Premessa: il fondamento della leale cooperazione nell'Unione europea – § 1. La progressiva costruzione dell'ordinamento multilivello nell'Unione europea – § 2. La leale cooperazione nell'Unione europea tra piano normativo e piano delle risultanze concrete – § 3. Le tre dimensioni della leale cooperazione – § 4. Una lettura economica. L'utilità e la convenienza della leale cooperazione

### **Premessa: il fondamento della leale cooperazione nell'Unione europea**

Un ordinamento multilivello è un sistema che ripartisce il potere politico su istituzioni distribuite su più livelli ordinamentali. Se è vero che ogni ordinamento giuridico deve garantire unità, coerenza e completezza, un ordinamento multilivello per garantire tali presupposti abbisogna necessariamente di forme di cooperazione tra i livelli stessi.

Tale cooperazione deve essere leale, cioè deve fondarsi su un elemento che presuppone un giudizio di valore sui comportamenti adottati dai soggetti istituzionali. Il fondamento ultimo della lealtà nella cooperazione tra livelli istituzionali, l'elemento valoriale – che viene poi tradotto in una norma di principio – è, nell'ambito del sistema che qui si esamina, il principio dell'unità europea e dell'integrazione *ex. art 1 del trattato sull'Unione europea*<sup>1</sup>.

Sulla base di tale assunto di fondo, il principio di leale cooperazione trova una sua puntuale esplicitazione, come si vedrà meglio successivamente, nell'art. 4, co. 3, del TUE. La cooperazione sarà, così, leale quando, nelle sue singole manifestazioni, siano essi atti normativi, risultanze concrete, ma anche meri comportamenti, sarà

---

\* Luca Albino, Università della Calabria.

<sup>1</sup> Art. 1 TUE: “Con il presente trattato, le Alte Parti Contraenti istituiscono tra loro un'Unione europea, in appresso denominata «Unione», alla quale gli Stati membri attribuiscono *competenze* per conseguire i loro *obiettivi comuni*. Il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di *creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa*, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini”.

coerente con il suddetto principio, che è la traduzione giuridica del valore politico su cui si basa l'esistenza stessa dell'ordinamento dell'Unione europea.

Il concetto di leale cooperazione è nato però – come altre categorie e principi del diritto dell'Unione – quale creazione giurisprudenziale della Corte di giustizia e, come si vedrà meglio in seguito, ha trovato una sua formalizzazione normativa nei trattati solo a seguito dell'ultima revisione degli stessi, meglio conosciuta come trattato di Lisbona.

Tuttavia, come si cercherà di dimostrare successivamente, tale cooperazione non soltanto è giuridicamente necessaria, ma anche conveniente da un punto di vista dei rispettivi interessi.

### **§ 1. La progressiva costruzione dell'ordinamento multilivello nell'Unione europea**

Se l'unità europea si è mossa e continua a muoversi su un percorso d'integrazione che non segue i tradizionali paradigmi della forma Stato<sup>2</sup>, l'Unione europea è sicuramente un ordinamento giuridico nel quale il potere politico è articolato su più livelli. Di conseguenza le inevitabili interferenze tra le competenze e tra livelli istituzionali richiedono cooperazione leale tra gli stessi<sup>3</sup>.

Va però ricordato che, mentre negli ordinamenti statali si è in presenza dell'articolazione del potere politico tra un ordinamento originario e sovrano, lo Stato, che decide di riconoscere quote di autonomia politica ad ordinamenti derivati da esso (regioni, province e comuni nel caso italiano), l'integrazione europea è integrazione di ordinamenti statali originari e sovrani che hanno deciso di istituire un nuovo ordine giuridico, integrato – e non già semplicemente derivato – nell'ordinamento giuridico degli Stati membri e le cui determinazioni normative tendenzialmente prevalgono su quelle degli Stati.

Utilizzando l'argomentare della Corte di giustizia nella notissima sentenza *Costa* del 1964, si può così sottolineare che gli Stati “istituendo una comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli stati alla comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi. Tale integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro di norme che

---

<sup>2</sup> Cfr. BIN, R., e CARETTI, P., *Profili costituzionali dell'Unione europea*, II edizione, Bologna, 2008, p. 32 ss.

<sup>3</sup> Si può citare a mo' di esempio le inevitabili sovrapposizioni e interferenze tra la competenza esclusiva dell'UE in materia di conservazione delle risorse biologiche del mare, quella concorrente tra Stati e UE in materia di pesca.



promanano da fonti comunitarie, e più in generale, lo spirito e i termini del trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune. Se l'efficacia del diritto comunitario variasse da uno Stato all'altro in funzione delle leggi interne posteriori, ciò metterebbe in pericolo l'attuazione degli scopi del trattato ... Dal complesso dei menzionati elementi discende che, scaturito da una fonte autonoma, 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. Il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani<sup>4</sup>.

La progressiva integrazione europea non si è strutturata – e non poteva realisticamente strutturarsi – secondo una logica duale c.d. a compartimenti stagni. Di conseguenza la delimitazione dei “confini” e degli spazi riservati ai diversi ordinamenti (quelli che cioè si possono definire i profili statici) è dipesa (e dipende tuttora) dagli obiettivi che l'Unione ha inteso perseguire e dai circuiti e meccanismi di raccordo tra livelli istituzionali (quelli che possono definirsi i profili dinamici).

Posto quindi che l'obiettivo è quello di un'unità europea dalle forme peculiari, nelle singole fattispecie sottoposte alla determinazione normativa dei legislatori europeo e nazionali, sono così necessarie operazioni di bilanciamento tra l'esigenza di uniformità e quella di differenziazione. Tali operazioni, naturalmente, devono essere coerenti rispetto a due parametri: i principi del diritto dell'Unione e le costituzioni nazionali. In altri termini devono essere scelte ragionevolmente uniformi o ragionevolmente differenziate che implicheranno inevitabilmente meccanismi di cooperazione.

Tali scelte investono indubbiamente più piani; in primo luogo quello della disciplina normativa. Un piano altrettanto importante è, tuttavia, quello della valutazione dei risultati concreti prodotti dall'attuazione delle prescrizioni normative. Questo secondo elemento appare di grande rilevanza posto che, come si accennava in precedenza, l'integrazione europea si muove soprattutto in un quadro dinamico di obiettivi da perseguire più che su un modello statico di riparto di sfere di competenza. Tale valutazione si presenta indubbiamente dotata di un maggiore grado di complessità e comporta l'utilizzo di categorie e metodologie non solo giuridiche, ma anche economiche, contabili e finanziarie. Solo a titolo di esempio si può citare l'ambito della politica di coesione economica e sociale, nella quale l'obiettivo prin-

---

<sup>4</sup> Corte di giustizia, causa 6/64, sentenza 15 luglio 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964J0006:IT:HTML>.

capitale (obiettivo convergenza) di riduzione dei ritardi di sviluppo di alcune regioni europee scaturisce sì da scelte normative (che bilanciano elementi di uniformità e differenziazione) ma va misurato con parametri economici.

Si può così concludere che l'ordinamento dell'Unione europea – come tutti gli ordinamenti che ripartiscono il potere politico su più livelli – ha una sua unità definita nella risultante di elementi di uniformità e di elementi di differenziazione.

## § 2. La leale cooperazione nell'Unione europea tra piano normativo e piano delle risultanze concrete

Come si accennava all'inizio, la leale cooperazione trova oggi una sua formalizzazione nel nuovo art. 4, co. 3, del TUE laddove viene sancito che “In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione”.

Naturalmente per comprendere la portata esatta di tale principio, nella struttura e nella funzionalità complessiva dell'ordinamento multilivello dell'Unione, tale articolo deve leggersi in combinato con i principi di attribuzione, proporzionalità e sussidiarietà di cui all'art. 5 del TUE<sup>5</sup>.

Come si accennava all'inizio, il percorso d'integrazione europea si snoda attraverso un bilanciamento tra un momento c.d. dell'uniformità a livello europeo ed un momento c.d. della differenziazione nel rispetto delle identità nazionali. Tale bilan-

---

<sup>5</sup> Articolo 5 (*ex art. 5 del TCE*): “1. La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul *principio di attribuzione*. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui *principi di sussidiarietà e proporzionalità*. 2. 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*. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri. 3. In virtù del *principio di sussidiarietà*, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo. 4. In virtù del *principio di proporzionalità*, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”.

ciamento va essere riscontrato sia sul piano normativo e sia su quello delle risultanze concrete.

Per ciò che riguarda il piano normativo il momento dell'uniformità può essere rinvenuto in particolare nel già citato art. 1 del TUE il quale sottolinea come l'Unione europea trova il senso del proprio esistere nella volontà degli Stati membri di costruire un'unione progressivamente sempre più stretta che si sostanzia nel conseguimento di obiettivi comuni attribuendo all'Unione una serie di competenze coerenti con tale scopo. Tale norma, che come si è visto traduce in termini giuridici il valore-obiettivo dell'unità e dell'integrazione europea, va letta in combinato disposto con l'art 3, co. 6, del TUE il quale stabilisce che "L'Unione persegue i suoi obiettivi con i mezzi appropriati, in ragione delle competenze che le sono attribuite nei trattati".

Tali disposizioni di principio vengono poi ulteriormente specificate nel trattato sul funzionamento dell'Unione europea sul piano del riparto di competenze e su quello delle fonti del diritto.

Per ciò che riguarda il riparto di competenze va anzitutto ricordato come l'ultima revisione operata dal trattato di Lisbona ha inteso consolidare e sistematizzare il quadro del riparto di competenze attraverso una tecnica enumerativa delle stesse, distinguendole in esclusive dell'UE, concorrenti e integrative delle competenze statali. È evidente che il momento dell'uniformità si avrà nel settore delle competenze esclusive (elencate nell'art. 3 TFUE<sup>6</sup>) nell'ambito delle quali, come ricorda l'art. 2, co. 1, del TFUE: "... solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione."

Nell'ambito delle fonti del diritto è evidente che lo strumento normativo dell'uniformità continuerà ad essere il regolamento UE (*ex* art. 288, co. 2, TFUE) quale fonte direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. A tale proposito si deve comunque tenere sempre conto come nella prassi si siano affermati regolamenti UE che definiscono una normativa che però andrà attuata o da altri regolamenti UE o da norme nazionali, dando così vita al fenomeno di un'uniformità di normazione che, in questi casi, non si accompagna simultaneamente a quella diretta applicabilità che l'art. 288 TFUE prevede come attributo formale della fonte.

---

<sup>6</sup> 1. L'Unione ha competenza esclusiva nei seguenti settori: a) unione doganale; b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno; c) politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro; d) conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca; e) politica commerciale comune. 2. L'Unione ha inoltre competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata.

Tale percorso di unificazione tuttavia, come si accennava inizialmente, non si è spiegato in una progressiva cancellazione delle identità nazionali e dei fondamenti costituzionali degli Stati. Il momento dell'uniformità, in altri termini, viene bilanciato già nello stesso TUE, da altre norme che invece evidenziano il ruolo delle identità nazionali. A tale proposito si vedano i commi 1 e 2 dell'art. 4, del TUE. Tali disposizioni anzitutto sanciscono una clausola di residualità per la quale “qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri.”; in secondo luogo evidenziano il ruolo primario delle identità nazionali e del pluralismo della loro “struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali.” L'Unione, prosegue il co. 2, rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro.

Anche per tale momento le disposizioni di principio del TUE vengono specificate nel TFUE. Per ciò che riguarda il riparto di competenze vanno in primo luogo ricordati gli ambiti delle c.d. competenze concorrenti (elencate nell'art. 4 del TFUE<sup>7</sup>) nelle quali – ai sensi dell'art. 2 comma 3 del TFUE – sia l'Unione che gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. La “linea di confine” non si pone tra norma di principio e norma di dettaglio così come accade ad es. nell'ordinamento italiano, ma sul fatto che “gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria. Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria”.

In secondo luogo va rammentata la c.d. competenza di sostegno/coordina-mento (i cui ambiti materiali sono elencati nell'art. 6 del TFUE<sup>8</sup>), nella quale – ai

---

<sup>7</sup> 1. L'Unione ha competenza concorrente con quella degli Stati membri quando i trattati le attribuiscono una competenza che non rientra nei settori di cui agli articoli 3 e 6. 2. L'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nei principali seguenti settori: *a*) mercato interno; *b*) politica sociale, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato; *c*) coesione economica, sociale e territoriale; *d*) agricoltura e pesca, tranne la conservazione delle risorse biologiche del mare; *e*) ambiente; *f*) protezione dei consumatori; *g*) trasporti; *h*) reti transeuropee; *i*) energia; *j*) spazio di libertà, sicurezza e giustizia; *k*) problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato. 3. Nei settori della ricerca, dello sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione ha competenza per condurre azioni, in particolare la definizione e l'attuazione di programmi, senza che l'esercizio di tale competenza possa avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro. 4. Nei settori della cooperazione allo sviluppo e dell'aiuto umanitario, l'Unione ha competenza per condurre azioni e una politica comune, senza che l'esercizio di tale competenza possa avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro.

<sup>8</sup> L'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri. I settori di tali azioni, nella loro finalità europea, sono i seguenti: *a*) tutela e miglioramento della salute umana; *b*) industria; *c*) cultura; *d*) turismo; *e*) istruzione, formazione professionale, gioventù e sport; *f*) protezione civile; *g*) cooperazione amministrativa.

sensi dell'art. 2, co. 5, del TFUE – “l'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, senza tuttavia sostituirsi alla loro competenza in tali settori. Gli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione adottati in base a disposizioni dei trattati relative a tali settori non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri”. Questo è dunque un ambito in cui ci sarà una maggiore differenziazione normativa ed una minima azione di uniformità dell'Unione.

Per ciò che riguarda le fonti del diritto la fonte che possiede quelle caratteristiche di “flessibilità” in grado di combinare elementi di uniformità con elementi di differenziazione è certamente la direttiva UE (*ex* art. 288, co. 3, TFUE). Com'è noto il maggiore o minore spazio lasciato alle differenziazioni nazionali dipende dalla modulazione nei singoli casi concreti del concetto di “risultato da raggiungere” previsto dallo stesso art. 288 TFUE. Anche in questo caso non va poi dimenticata tutta la problematica sull'effetto diretto di singole norme di direttive cioè di una fonte che formalmente non ha l'attributo della diretta applicabilità.

Un'ulteriore riflessione riguardo al problema del riparto di competenze e della sua relazione con la leale cooperazione tra Stati ed Unione europea merita di essere fatta. Come si diceva poc'anzi, con il trattato di Lisbona si è giunti ad una sistematizzazione delle competenze normative secondo un criterio di riparto materiale. Come insegna l'esperienza di ordinamenti giuridici come quello italiano, nelle singole fattispecie da sottoporre a normazione il problema principale è quello di stabilire in quale ambito di competenza ricada il singolo oggetto, posto che sovrapposizioni ed intrecci di competenze sono frequenti.

Si possono citare a titolo di esempio le inevitabili sovrapposizioni e interferenze tra la competenza esclusiva dell'UE in materia di conservazione delle risorse biologiche del mare e quella concorrente tra Stati e UE in materia di pesca, oppure l'esistenza di ambiti suscettibili di interpretazioni c.d. trasversali, come la competenza esclusiva dell'UE in materia di definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno. In casi come questi “la ragion d'essere della competenza trasversale è l'unità/uniformità della disciplina ed, allora, neppure (...) deroghe (*in melius*) possono esser consentite”<sup>9</sup>.

È evidente pertanto come la via d'uscita non possa che essere la leale cooperazione tra Unione europea e Stati nei modi e nelle forme stabilite dai trattati, ma anche sul piano politico.

Per concludere sul piano delle disposizioni normative, si può dire che nella prospettiva dinamica dell'integrazione europea, il grado di unità che si è andato co-

---

<sup>9</sup> Cfr. CERRI, A., *Definizione delle competenze statali e regionali, sussidiarietà ascendente e discendente, intersezioni fra competenze*, relazione al Convegno celebrativo del 60° anniversario della Costituzione, “*Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*”, Roma, 27 e 28 novembre 2008, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

struendo (il c.d. *acquis*) e i successivi obiettivi unitari possono essere messi in discussione da scelte irragionevolmente differenziate, ma anche da scelte irragionevolmente uniformi che, a sommosso parere di chi scrive, saranno tanto più probabili quanto meno funzioneranno i circuiti della leale cooperazione tra Unione europea e Stati membri.

Il secondo piano da analizzare per comprendere il bilanciamento tra uniformità e differenziazione è quello delle risultanze concrete che scaturiscono dall'applicazione delle discipline normative. A tale proposito va anzitutto ricordato come non è sempre verificata una correlazione diretta tra disciplina normativa uniforme e risultanze concrete tendenzialmente uniformi, ovvero tra discipline differenziate e risultanze concrete tendenzialmente differenziate.

In una certa qual misura le risultanze concrete tendenzialmente uniformi possono scaturire anche da discipline che posseggono un certo grado di differenziazione (perché adottate al livello statale) così come una disciplina uniforme, proprio per la sua "rigidità", può dare luogo a risultanze concrete differenziate in ragione della sua applicazione in ambiti territoriali non uniformi.

Il punto da tener fermo è, in ogni caso, la coerenza con il quadro dei principi del diritto dell'Unione ma anche con quelli contenuti nelle costituzioni degli Stati membri. In altri termini, occorre verificare, caso per caso, se il grado di differenziazione prodotto dall'applicazione di una normativa non sia irragionevole, cioè non metta in discussione, da un lato, la tenuta unitaria dell'Unione europea e dall'altro la coerenza con le "colonne portanti" degli ordinamenti nazionali. Naturalmente un ragionamento simile vale anche per verificare se il grado di uniformità prodotto concretamente dall'applicazione di una normativa non comprima irragionevolmente gli spazi di autonomia operativa dei singoli Stati.

Ancora una volta l'ambito della politica di coesione rappresenta un esempio significativo di quanto si è finora cercato di illustrare. Tale materia è affidata dai trattati alla potestà concorrente e, com'è noto, si struttura su un quadro di riferimento pluriennale, alla definizione del quale partecipano – in un approccio che deve essere quello ispirato alla leale collaborazione – diversi enti e istituzioni posti su piani diversi del sistema multilivello (UE, Stati, enti c.d. NUTS II, cioè l'equivalente delle nostre regioni, enti c.d. NUTS III, cioè l'equivalente delle nostre province).

La valutazione dell'efficacia delle azioni intraprese nell'ambito di tale politica viene operata soprattutto a livello di risultanze concrete conseguite dai singoli enti o istituzioni così come previste dalla normativa di riferimento. Ed allora, se uno degli obiettivi di tale politica è la riduzione dei ritardi di sviluppo (concetto che trova la sua definizione in quei regolamenti UE che si pongono a supporto normativo del periodo di programmazione), saranno efficaci quelle risultanze – e ragionevoli le normative europee e nazionali a monte delle stesse – che consentano il passaggio di una regione dal novero di quelle in ritardo di sviluppo (c.d. obiettivo convergenza del periodo di programmazione 2007- 2013) a quelle con problemi contingenti

di livello minore (c.d. obiettivo competitività regionale e occupazione sempre del periodo di programmazione 2007- 2013).

A tale proposito e in conclusione del punto, va ricordato come anche tra gli economisti vi sia un dibattito aperto su quale sia il livello normativo in grado di conseguire meglio nel concreto gli obiettivi della politica di coesione stessa. Vi sono da un lato studiosi (ad es., G. Viesti e F. Prota<sup>10</sup>) che sostengono, infatti, la maggiore efficacia di una politica definita principalmente a livello europeo e poi, in un contesto di leale collaborazione, ulteriormente specificata a livello statale e regionale; dall'altro ve ne sono altri (ad. es., A. Sapir<sup>11</sup>) che sostengono la maggiore efficacia di una politica di coesione maggiormente rinazionalizzata, cioè dotata di un quadro normativo che posseda una differenziazione maggiore da Stato a Stato.

### § 3. Le tre dimensioni della leale cooperazione

Nell'ambito dell'Unione europea la cooperazione, se deve essere sempre leale, non potrà essere sempre paritaria, in quanto è assolutamente essenziale al percorso di integrazione una certa prevalenza del diritto del livello per così dire superiore (Unione europea) rispetto a quello dei livelli inferiori (Stati e articolazioni regionali).

Nell'ambito di tale sistema multilivello vi è allora un circuito ascendente, la cui funzionalità presuppone la lealtà degli Stati verso l'Unione, che si concretizza essenzialmente nel rispetto e nell'adempimento coerente e completo degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione nell'ambito degli ordinamenti nazionali. Tale circuito, se vogliamo, è sorto per prima poiché, anche in considerazione del principio della prevalenza del diritto dell'Unione, esso è essenziale e funzionale alla costruzione dell'integrazione progressiva.

Parallelamente vi è anche un circuito discendente che impone la lealtà dell'Unione verso gli Stati e che si traduce essenzialmente nel rispetto dei principi di attribuzione, proporzionalità e sussidiarietà nell'esercizio delle competenze. Tale circuito comincia a manifestarsi in modo più significativo in un secondo momento allorché l'espansione del livello e degli ambiti di autorità della Comunità e dell'Unione non trova il consenso pieno di tutti gli Stati<sup>12</sup>. Si pensi ad esempio al fenomeno delle c.d. eccezioni al cammino dell'integrazione che, soprattutto a partire dagli anni novanta, hanno visto la non adesione di Regno Unito, Danimarca e Svezia all'Unione

---

<sup>10</sup> VIESTI, G. - PROTA, F., *Le nuove politiche regionali dell'Unione europea*, Bologna, 2007, 206.

<sup>11</sup> SAPIR, A. ed altri, *An Agenda for a Growing Europe. Making the EU Economic System Deliver*, 2003, disponibile in [http://www.unescap.org/tid/artnet/mtg/gmscb\\_growingeurope.pdf](http://www.unescap.org/tid/artnet/mtg/gmscb_growingeurope.pdf).

<sup>12</sup> Sulle categorie "livello di autorità" e "ambiti di autorità" si veda ATTINÀ, F. e NATALICCHI, G., *L'Unione europea: governo, istituzioni, politiche*, Bologna, 2010, p. 17.

economica e monetaria o ancora la scelta del Regno Unito di restare fuori dai successivi sviluppi in materia di politica sociale o dell'immigrazione<sup>13</sup>.

Tali decisioni, che hanno limitato la competenza dell'Unione in alcuni ambiti territoriali per tali materie sono state accettate dalle Istituzioni europee e dagli altri Stati ed hanno, infatti, portato alla creazione del concetto di Europa a geometria variabile.

Nell'ordinamento dell'Unione europea esiste poi un terza dimensione della leale cooperazione che è quella della lealtà degli Stati verso gli altri Stati. Tale forma di cooperazione può dirsi tendenzialmente paritaria non dimenticando però il diverso peso che gli Stati hanno nelle sedi decisionali, in particolare il Consiglio dei ministri. Va detto, tuttavia, che questo terzo circuito di cooperazione leale tra Stati nell'ambito dell'Unione non è stato percepito ancora in tutta la sua importanza soprattutto agli occhi dei cittadini.

Come afferma, infatti, Guido Montani “le politiche redistributive realizzate al livello europeo (i fondi strutturali) hanno effettivamente aiutato alcune regioni ed alcuni Stati (si pensi all'Irlanda) a convergere verso la media comunitaria, ma i cittadini hanno percepito gli aiuti europei più come una forma di cooperazione tra il proprio governo e l'Unione europea che non come una politica di solidarietà tra i cittadini di una medesima comunità politica. La solidarietà politica, sociale ed economica tra cittadini ha, per ora, una dimensione quasi esclusivamente nazionale”<sup>14</sup>.

#### **§ 4. Una lettura economica. L'utilità e la convenienza della leale cooperazione**

Le categorie delle scienze economiche ci forniscono interessanti considerazioni e ulteriori chiavi di lettura sia della necessità sia della convenienza di una cooperazione leale tra livelli ordinamentali.

In primo luogo la lealtà nella cooperazione presuppone l'eliminazione di asimmetrie informative. Com'è noto queste esistono allorché un'informazione non è condivisa integralmente fra i soggetti facenti parte di un processo; di conseguenza una parte dei soggetti interessati ha maggiori informazioni rispetto al resto dei partecipanti e può trarre un vantaggio da questa informazione. Le asimmetrie informative sono un problema perché la loro presenza tende a disincentivare gli accordi, i comportamenti cooperativi e, più in generale, ad instaurare un clima di sfiducia tra istituzioni che può preludere anche a comportamenti di cooperazione sleale. In

<sup>13</sup> ATTINÀ, F. e NATALICCHI, G., *L'Unione europea: governo, istituzioni, politiche*, Bologna, 2010, p. 48.

<sup>14</sup> MONTANI, G., *L'Unione Europea, i beni pubblici globali e l'ordine mondiale post-egemonico*, in *The European Union Review*, vol. 8, n. 3, 2003.



particolare tra le asimmetrie informative, rilevano maggiormente nei rapporti interistituzionali i comportamenti di c.d. azzardo morale.

Questa forma di asimmetria informativa, com'è risaputo, è una forma di opportunismo che può portare i soggetti a perseguire i propri interessi a spese delle altre parti del rapporto, confidando nella impossibilità per queste ultime di verificare la presenza di dolo o negligenza. In tal senso l'azzardo morale è un comportamento contrario all'etica delle relazioni pubbliche perché in definitiva mette a repentaglio il valore di riferimento che, come si è detto è quello dell'unità/integrazione.

Purtroppo il fatto che spesso le conseguenze negative sul sistema di comportamenti di azzardo morale si manifestino in un secondo momento, rispetto al vantaggio temporaneo che può derivarne a chi pone in essere il comportamento in questione, potrebbe incentivare le istituzioni a porre in essere comportamenti sleali; la considerazione è quella di poter comunque contare sull'aiuto degli altri soggetti del sistema poiché in un contesto unitario o integrato anche un singolo componente è comunque troppo importante per fallire (*too big to fail*). Il problema dunque resta ed è evidente che il diritto può implementare meccanismi di vigilanza e controllo al fine di limitare o rendere più difficoltosi tali comportamenti sleali; tuttavia, in ultima istanza, non si può pensare che tutto ciò sia sufficiente.

Ma la lettura economica può anche dimostrarci la convenienza di una cooperazione leale tra livelli istituzionali. Per spiegare ciò può essere significativo utilizzare, traslandoli nell'ambito dei rapporti tra istituzioni pubbliche, alcuni elementi della teoria dei giochi. Laddove manchi un riferimento giuridico all'unità o all'integrazione (che come si è visto è fondamento dell'etica delle relazioni pubbliche), è evidente che le parti di un rapporto agiscono per massimizzare il proprio interesse o perlomeno per minimizzare la perdita. È la c.d. strategia *minimax* di John Von Neumann<sup>15</sup> che, presupponendo soggetti vincitori e soggetti sconfitti, non porta alla leale cooperazione in campo politico, ma anzi favorisce la slealtà quando non addirittura la contrapposizione vera e propria<sup>16</sup>.

Laddove invece esiste un comune parametro normativo di livello superiore (formalmente o sostanzialmente costituzionale si direbbe), allora la strategia *minimax* non è sufficiente e può utilizzarsi quell'altro caposaldo della teoria dei giochi

---

<sup>15</sup> Cfr. VON NEUMANN, J., *Zur Theorie der Gesellschaftsspiele*, in *Mathematische Annalen*, volume n. 100, 1928, Springer, p. 295 ss. (disponibile ora in <http://www.springerlink.com/content/q07530916862223p/>).

<sup>16</sup> Senza alcuna pretesa di voler sviluppare il tema nella sua complessità, si può ricordare come JOHN RAWLS in *Justice as Fairness: a Restatement* (trad. it. *Giustizia come equità. Una riformulazione*, a cura di VECA, S., Milano 2008) abbia utilizzato tale strategia nella sua teoria della giustizia. Afferma Rawls, infatti, che a causa del c.d. velo d'ignoranza, per cui ognuno non conosce quale sia esattamente la sua posizione nell'ambito sociale, "dobbiamo individuare l'esito peggiore di ogni alternativa possibile e adottare poi quell'alternativa il cui esito peggiore è migliore degli esiti peggiori di tutte le altre", cioè minimizzare le perdite (*op. cit.*, p. 109).

che è il teorema di Nash<sup>17</sup>. Riportando tale tesi all'ambito delle relazioni tra istituzioni pubbliche si può affermare che in tali contesti, nei quali ognuno dei soggetti legittimamente e opportunamente (in nome della dialettica degli interessi) adotta una propria strategia politica individuale, esiste sempre una condizione (chiamata appunto punto di equilibrio di Nash) nella quale tutti i soggetti della relazione traggono un vantaggio o limitano lo svantaggio al minimo.

È evidente quindi come sia conveniente ricercare il “posizionamento” in tale punto di equilibrio. Ciò porta, nel campo dei rapporti politico-istituzionali, alla scelta della cooperazione leale che si fonda sul comune riferimento all'unità/integrazione. Certamente il punto di equilibrio di Nash non è il punto nel quale tutti i soggetti (Stati e Unione europea per il caso che qui si tratta) traggano contemporaneamente il massimo vantaggio. Esso tuttavia rappresenta la condizione di maggiore stabilità nella quale non ci sono vincitori e perdenti assoluti che, come si è visto precedentemente, porterebbe a situazioni conflittuali, sleali e quindi di instabilità, che porrebbero a rischio il valore/parametro dell'unità e dell'integrazione.

La leale cooperazione, dunque, si presenta non solo come eticamente necessaria in nome dell'unità o dell'integrazione, ma anche come scelta o strategia conveniente nell'ambito di ordinamenti giuridici multilivello nei quali, nello spiegarsi continuo delle singole relazioni e nel loro insieme, non può reggere una situazione in cui ci sia un solo soggetto sempre vincitore e altri soggetti sempre perdenti.

Per concludere, la leale cooperazione, come si è cercato di dimostrare, deve fondarsi su parametri, su valori assolutamente condivisi; la lealtà nelle relazioni tra istituzioni pubbliche si fonda sulla condivisione e sul rispetto del valore dell'unità/integrazione.

In tal senso la vicenda dell'integrazione europea rappresenta un esempio significativo. La costruzione progressiva dell'Unione europea è stata ed è tuttora l'alternativa pacifica a secoli di divisioni e di odi nazionalistici che hanno caratterizzato la storia europea. Di conseguenza, pur nella dialettica degli interessi che caratterizza ogni ordinamento giuridico pluralista, il perseguimento di una cooperazione leale, anche in un momento di tensioni politiche e monetarie, che hanno manifestato più di un comportamento riconducibile all'azzardo morale, appare quanto mai necessaria.

A tal proposito si possono ricordare le famose parole con le quali il cancelliere tedesco Helmut Kohl spiegò nel 1997, ai cittadini e ai politici esitanti e perplessi di fronte alla prospettiva di abbandonare l'ancora del marco tedesco, che la moneta unica europea era la pace; in altri termini il valore dell'integrazione e dell'unità monetaria era quello di rafforzare la complessiva integrazione europea.

---

<sup>17</sup> Cfr. NASH, J., *Equilibrium points in n-person games*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, volume 36, n. 1, 1950, 48 ss. (disponibile ora in <http://www.pnas.org/content/36/1/48.full.pdf+html>); ID., *Non-Cooperative Games*, in *The Annals of Mathematics*, 1951, volume 54, n. 2, p. 286 ss. (disponibile ora in <http://www.jstor.org/pss/1969529>).

L'unità quale valore doveva così prevalere sulle considerazioni – anche legittime o opportune se si vuole – basate su un mero calcolo contabile dei benefici e delle perdite relative a singole questioni.



Irene Sigismondi\*

## LA CORTE DI GIUSTIZIA E IL PROBLEMA DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI “DI RITORNO”

SOMMARIO: Premessa: il problema teorico – § 1. Il principio “di ritorno”: un tentativo di definizione – § 2. La natura di fonte delle decisioni della Corte di giustizia dell’Unione europea e le conseguenze “di principio” – § 3. I principi “di ritorno” come interferenza interpretativa, etero-integrazione e fenomeni incrociati

### **Premessa: il problema teorico**

Le riflessioni di questo intervento sono volte a cogliere l’evoluzione della dimensione dei principi nella realtà multilivello degli ordinamenti giuridici.

In particolare, vengono prese in considerazione le relazioni tra gli Stati, nei loro rapporti orizzontali “paritari”, e l’interferenza che tali relazioni subiscono nel raccordarsi con il livello sovranazionale dell’Unione europea.

Diversi contributi presenti in questo Convegno sono dedicati ai profili processuali e sostanziali conseguenti all’applicazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Si è indicata la giurisprudenza della Corte EDU ed anche la dinamica di influsso sugli Stati aderenti, con attenta descrizione del c.d. margine di apprezzamento: un principio di adattamento che “strutturalmente” viene riconosciuto e mantenuto in capo agli Stati stessi, rispetto ai principi fissati con le decisioni sui singoli casi (*e.g.* le tematiche correlate a questo aspetto sono evidenziate sotto angolazioni diverse da Apa e Schillaci).

Lo stesso accade a livello di Corte di giustizia dell’Unione europea, ed anche su questo si sono soffermati diversi contributi, sia per mettere in evidenza il dato processuale (*e.g.* la forza dirompente della decisione anche rispetto al giudicato nazionale nella relazione di Caponi) e il dato sostanziale (la necessità di cooperazione tra le corti, come nelle relazioni di Rolli, Imparato, Gerbasi, Barletta, Albino, che mi hanno preceduto).

---

\* Irene Sigismondi, avvocato in Roma, dottore di ricerca e cultore della materia.

## § 1. Il principio “di ritorno”: un tentativo di definizione

La riflessione che questo breve intervento vuole stimolare cerca di iscriversi in una impostazione teorica dell'interpretazione, facendo riferimento al problema dei principi, uno dei temi fondamentali dell'ordinamento *statale*.

L'ordinamento interno si offre al giurista nella sua duplice dimensione di coerenza e completezza: entrambi si pongono come valori asintotici della normazione, ma alla loro predicazione deontica non corrisponde in concreto una pari proiezione a livello applicativo. Se si afferma che “esiste una ed una sola norma giuridica per ogni fattispecie concreta”<sup>1</sup>, a livello di interpretazione, ciò comporta non tanto che *non vi siano* fattispecie concrete senza norma giuridica, quanto piuttosto che *non vi possono essere*. Non è, cioè, possibile che una fattispecie concreta rilevante giuridicamente cada fuori dall'ambito di applicazione di una qualsiasi norma, sia questa una esplicita disposizione o una norma ricavata *in via interpretativa*. Il meccanismo con cui si ricavi quest'ultima è disciplinato dal disposto dell'art. 12 disp. prel. cod. civ. primo e secondo comma.

Il primo comma di questo articolo richiama gli obblighi di ricorso anzitutto al dato testuale, ovvero alla disposizione per come è scritta nel linguaggio corrente, ma anche all'intenzione del legislatore, che già sposta il fuoco dalla natura dichiarativa a quella non-dichiarativa (correttiva) dell'interpretazione<sup>2</sup>. Quando tali strumenti non soccorrono, si deve ricorrere agli strumenti dell'*analogia legis* e poi dell'*analogia juris*, che prescindono dal dato testuale e presuppongono l'*identitas rationis*. Il ricorso al principio può riguardare sia il soggetto, sia il predicato che giustifica una certa previsione normativa, ossia la *ratio legis*: in altri termini, la ragion sufficiente per disciplinare una certa fattispecie in quel determinato modo si risolve nell'individuazione della somiglianza rilevante, che va scoperta di volta in volta e colma il vuoto di previsione per il caso controverso in concreto<sup>3</sup>.

Ora, posto questo quadro, appena accennato in via estremamente semplificata e sintetica, il principio illustra il percorso di completamento di una lacuna nell'ordinamento interno.

<sup>1</sup> MODUGNO, F., *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009, p.189.

<sup>2</sup> A ben guardare, in effetti, anche i lavori preparatori hanno l'effetto di correggere il testo, perché nel farvi ricorso, si riconosce che il legislatore intendeva qualcosa di diverso, o comunque intendeva ciò che è scritto nel testo, in modo diverso rispetto a ciò che si intende semplicemente leggendolo con riferimento al senso “fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse”.

<sup>3</sup> Si fa riferimento in questa sede solo allo storico saggio di BOBBIO, N., *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938 e, per la ricostruzione dello strumento analogico in generale, a CARCATERRA, G., Voce *analogia*, *Teoria Generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988.

Ma cosa accade se e quando l'orizzonte giuridico fuoriesce dai confini delle disposizioni contenute in un ordinamento statale in sé conchiuso e si va proiettando in altre dimensioni, quali il livello sovranazionale, europeo, eurounitario e convenzionale (CEDU)?

Questo quadro si riflette anche nell'ordinamento nazionale e prova ne abbiamo anche nella riforma costituzionale dell'art. 117 cost., che colloca *vincoli* comunitari e *obblighi* internazionali come norme interposte per il giudizio di costituzionalità delle leggi statali e regionali<sup>4</sup>; ma resta però più aperto e problematico.

Come cambia dunque l'espressione "*principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*" richiamata dall'art. 12 delle preleggi?

Il problema in esame in questa breve riflessione è proprio questo: l'evoluzione dei principi generali, e tra questi più in particolare i principi costituzionali, alla luce delle diverse dimensioni che il diritto ha assunto per effetto della partecipazione dell'Italia all'Unione europea o alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e del conseguente impatto di pluralità di ordinamenti giuridici che si vanno a coordinare con quello interno statale.

Il tema gira tutto intorno alle diverse funzioni dei principi: anzitutto vi è quella di indirizzare il legislatore (funzione *programmatica*) e dare fondamento agli istituti giuridici (funzione *costruttiva*), ma si può anche rinvenire un effetto *unificante* del sistema giuridico complessivamente inteso; inoltre, i principi generali hanno funzione *integratrice* risolvendo dubbi interpretativi in presenza di lacune. V'è di più: poiché i principi restano in uno stato di magmaticità che deriva dal loro essere inespressi<sup>5</sup>, essi agiscono come fonti-fatto e sono tipicamente produttivi di norme (funzione *nomogenetica*)<sup>6</sup>. Anche venendo ad essere espressi in un enunciato normativo, resta sempre fertile la potenzialità normativa, che non verrà mai esaurita completamente: il carattere versatile dei principi generali li rende adattabili così alla più ampia varietà di casi possibili, in astratto e in concreto.

A partire da questo punto di avvio, per dare una definizione di principi costituzionali "di ritorno" occorre spostare l'attenzione sulla dimensione europea, in base ad una formula inversa che dall'ideale area che essi coprono ci consenta di risalire alla misurazione di base ed altezza di questo fenomeno.

---

<sup>4</sup> Senza volersi soffermare sul tema, cui è stato dedicato ampio spazio anche nelle riflessioni che mi hanno preceduto in questo Convegno, faccio riferimento alle c.d. sentenze gemelle della Corte costituzionale, n. 348 e 349 del 2007, su cui la dottrina si è ampiamente pronunciata.

<sup>5</sup> LEVI, G., *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2006, p. 28.

<sup>6</sup> MODUGNO, F., *Principi generali dell'ordinamento*, Roma, in *Enc. Giur.*, 1991, p. 3.

La nozione di partenza è quella delle “tradizioni costituzionali comuni”<sup>7</sup>, ma essa non ci fa comprendere del tutto il fenomeno in esame: invero non è semanticamente appropriata a descrivere la particolare dinamica che si vuole rappresentare. A ben vedere, infatti, se vi sono principi che *sono* già comuni a tutti gli Stati, ve ne sono anche altri che originariamente *non lo sono*, ma lo *diventano* per effetto dell'appartenenza all'Unione europea: la *ratio* è la stessa, allargamento della protezione giuridica offerta dall'ordinamento, ma la modalità è, se vogliamo, inversa.

Le tradizioni costituzionali comuni non presuppongono una impostazione rigida<sup>8</sup>, ma all'interno di esse si può ricavare un perimetro di operatività più specifico che è quello che qui ci occupa.

## § 2. La natura di fonte delle decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea e le conseguenze “di principio”

Come si possono identificare questi principi costituzionali “di ritorno”? Il meccanismo di formazione è collegato alla natura di fonti del diritto delle decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>9</sup>. Questa collocazione nel sistema delle fonti comunitarie ha un forte impatto sui sistemi giuridici nazionali, dal momento che ogni sentenza, anche relativa a controversie che trag-

---

<sup>7</sup> L'espressione nasce con il trattato di Maastricht e configura quel patrimonio costituzionale che diviene parametro di riferimento insieme alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la CEDU. MORCHÓN, G.R., *La protezione dei diritti fondamentali nell'unione europea*, in *Ars Interpretandi*, 1995, p. 249 ss. ricostruisce le diverse fasi della giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine alla tutela dei diritti fondamentali. Per una visione d'insieme della nozione si v., per tutti, PIZZORUSSO, A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002; RUGGERI, A., “Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimiti”, *tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, n.1.

<sup>8</sup> Ecco il paragrafo esplicativo del significato dell'espressione nelle *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* dopo il recepimento con il trattato di Lisbona. «La regola d'interpretazione contenuta nel paragrafo 4 è stata basata sulla formulazione dell'articolo 6, paragrafo 3 del trattato sull'Unione europea e tiene nel debito conto l'approccio alle tradizioni costituzionali comuni seguito dalla Corte di giustizia (ad es., sentenza del 13 dicembre 1979, causa 44/79 *Hauer*, Racc. 1979, p. 3727; sentenza del 18 maggio 1982, causa 155/79, *AM&S*, Racc. 1982, p. 1575). Secondo tale regola, piuttosto che in un'impostazione rigida basata sul «minimo [recte massimo] comun denominatore», i diritti in questione sanciti dalla Carta dovrebbero essere interpretati in modo da offrire un elevato livello di tutela che sia consono al diritto dell'Unione e in armonia con le tradizioni costituzionali comuni», cfr. Gazz. Uff. n. C 303 del 14/12/2007 pp. 17-35.

<sup>9</sup> La Corte costituzionale italiana, pur partendo dall'impostazione dualistica degli ordinamenti, con la storica sent. n. 170/1984, riconosce gli effetti delle sentenze della Corte di giustizia nell'ordinamento in tema di interpretazione e conformità con il diritto comunitario, cfr. al riguardo le decisioni n. 113/1985, n. 399 e n. 433/1987, n. 421/1993, n. 389/1989, n. 249/1995, cfr. anche CERRI, A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2012, in particolare il par. 3.2.2.5.



gono origine da Stati membri diversi, produce effetti giuridici di fonte del diritto nelle materie attribuite all'UE, nei confronti di tutto l'insieme di Stati membri.

Accade così che i principi *transitivo* e *travalichino* frontiere, superando e rendendo convergenti anche gli ordinamenti di *common law* e *civil law*, proprio come è accaduto negli anni per le quattro libertà fondamentali relative a persone, merci, capitali e servizi, che hanno costruito il mercato come spazio giuridico se non unitario, il più possibile uniforme, superando in questo modo anche le rigidità delle ricostruzioni astratte in termini monistici o dualistici del rapporto tra ordinamenti.

I principi generali dunque si trasformano: da strumento chiave ultimale per assicurare la completezza, valvola di *chiusura* dell'ordinamento giuridico interno, diventano valvola di *apertura* rispetto ad un potenziale rinnovamento dell'ordinamento stesso realizzato da questo meccanismo virtuoso di circolazione. Per il tramite delle sentenze della Corte di giustizia, i principi operano "sincronicamente" in via orizzontale, coinvolgendo i diversi Stati membri, proprio nello stesso modo in cui operano "diacronicamente" in via verticale, negli ordinamenti interni, per effetto delle trasformazioni economico-sociali.

Si tratta di un processo che vede in sé le fasi logiche di estrazione "induzione" del principio dall'ordinamento originario e proiezione "deduzione" negli ordinamenti di destinazione, dove l'innesto può avvenire su una base compatibile, come nel caso delle tradizioni costituzionali comuni, oppure può realizzarsi attraverso una configurazione in parte nuova.

Un esempio può giovare ad una migliore comprensione: il principio di non discriminazione in base all'età, in effetti, ha avuto una genesi, come principio, proprio in conseguenza di due sentenze della Corte di giustizia<sup>10</sup>, peraltro soggette a sottili critiche del giudice costituzionale federale tedesco.

### § 3. I principi "di ritorno" come interferenza interpretativa, etero-integrazione e fenomeni incrociati

Se dunque i principi generali sono fonti-fatto che operano per l'auto-integrazione dell'ordinamento interno, i principi "di ritorno" potrebbero assu-

---

<sup>10</sup> Due casi emblematici sono stati decisi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea: la sent. C-144/04 del 22 novembre 2005, nel caso *Mangold*, e la sent. C-555/07 del 19 gennaio 2010, nel caso *Kücükdeveci*. Non riporto accenni ai commenti, già presenti in altri saggi di questo stesso volume.

mere una valenza di fonti-fatto di etero-integrazione<sup>11</sup>, ma va precisato che non si tratta tecnicamente del caso di rinvio, né materiale o ricettizio, né formale, indiretto o mobile<sup>12</sup>.

Per il diritto interno, l'etero-integrazione si potrebbe dire operi in ordine cronologico, in via successiva, subordinatamente all'espletamento di prove di auto-integrazione, e dunque anche in carenza di principi<sup>13</sup>; pur tuttavia i principi così immessi hanno un rilievo gerarchico eminente. Si può anche dire, infatti, che i principi del diritto europeo assurgono a rilievo costituzionale, subordinati solo ai principi supremi del nostro sistema costituzionale.

Una tale impostazione sicuramente opera come fertilizzatore (*cross-fertilization*) non soltanto della cultura giuridica, arricchendo coniugazioni e declinazioni di principi già riconosciuti nell'ordinamento, ma può anche operare come catalizzatore di un avvicinamento progressivo fra sistemi giuridici di *civil law* e di *common law*. Si pensi, ad esempio, al principio di effettività della tutela giurisdizionale, che si pone come intersezione tra il diritto fondamentale di azione e di difesa, tipico di ordinamenti come il nostro, basato sulla garanzia formale e astratta del rito e vero e proprio contro-limite rispetto al diritto euronitario, ed il principio di accesso alla giustizia, *access to justice*, tipico degli ordinamenti di *common law*, più orientato alla concreta previsione di strumenti accessibili. Ecco che il principio di effettività prende parte dell'uno e parte dell'altro, *ritornando* negli ordinamenti degli Stati membri ridefinito e migliorato a beneficio dei consociati.

Tuttavia questa dinamica non è sempre indirizzata ad un miglioramento, ampliamento della protezione: ad esempio, con riferimento alla Carta dei diritti dell'Unione europea, la Carta di Nizza, c'è stato forse un passo indietro tra

---

<sup>11</sup> Inizialmente tale procedimento veniva inteso come rinvio al diritto naturale ed all'equità, dato che il diritto naturale, in quanto perfetto, poteva colmare le lacune del diritto positivo, imperfetto: cfr. TORQUATO G. TASSO, *Oltre il diritto. Alla ricerca della giuridicità del fatto*, Padova, 2012.

<sup>12</sup> MODUGNO, F., *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009, p. 207 e ss. Senza tornare in dettaglio su questi concetti, basti dire che il rinvio materiale *ricava da un altro ordinamento* la disposizione e la traspone nell'ordinamento rinviante, mentre il rinvio formale o indiretto o mobile *richiama la fonte appartenente ad un diverso ordinamento*. La differenza sta nell'oggetto richiamato: una disposizione o una fonte.

<sup>13</sup> Forse un riferimento in tal senso può esser fatto all'art. 38 dello statuto della Corte internazionale di giustizia, che stabilisce che « La Corte, la cui funzione è di decidere in base al diritto internazionale le controversie che le sono sottoposte, applica: a) le Convenzioni internazionali sia generali che particolari, che stabiliscono norme espressamente riconosciute dagli Stati in lite; b) la consuetudine internazionale, come prova di una pratica generale accettata come diritto; c) i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili; d) con riserva delle disposizioni dell'articolo 59, le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più qualificati delle varie nazioni come mezzi sussidiari per la determinazione delle norme giuridiche ».

la stesura del 2000 e quella del 2007 in occasione della trasposizione giuridica con il trattato di Lisbona<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> In questa sede basti far riferimento al titolo VII (Disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta), ed in particolare all'art. 52 che definisce la portata e interpretazione dei diritti e dei principi facendo riferimento sia alle legislazioni che alle «prassi nazionali», fra l'altro menzionate in ben 9 articoli. Un simile criterio ermeneutico potrebbe rischiare di porre i principi proclamati nella carta "quasi" al di sotto di circolari e direttive amministrative... Tuttavia resta innegabile che la spinta propulsiva e positiva va ritenuta senz'altro prevalente, quanto meno nell'interpretazione giudiziale della Carta.



Augusto Cerri\*

## CONCLUSIONI

### PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI DEL COSTITUZIONALISMO PLURALE

SOMMARIO: § 1. La coerenza di un costituzionalismo plurale e la consistenza dei giudicati resi nel suo ambito – § 2. Profili sostanziali: alcune componenti del costituzionalismo plurale – § 2.1. La coerenza del costituzionalismo plurale attraverso criteri di soluzione delle antinomie e criteri interpretativi – § 2.2. Il pluralismo istituzionale come limite alla coerenza – § 2.2.1. La garanzia del pluralismo nelle disposizioni esplicite delle convenzioni sovranazionali di tutela dei diritti umani – § 2.2.2. Il pluralismo degli ordinamenti nell'elaborazione giurisprudenziale – § 2.3. Le possibili ed effettive non risolte antinomie nel quadro del costituzionalismo multilivello – § 3. La doppia pregiudiziale ed il problema della priorità – § 4. Identificazione dell'azione, struttura soggettiva del rapporto processuale, litispendenza, giudicato, competenze per la valutazione dei suddetti fattori: le aree problematiche del pluralismo giurisdizionale – § 4.1. Premesse sugli elementi che identificano l'azione nell'ordinamento nazionale – § 4.2. Il parametro come fattore identificativo dell'azione nel sistema di giustizia costituzionale plurale: profili problematici – § 4.2.1. Cognizione esclusiva del parametro nazionale e preferenza interpretativa del parametro sovranazionale – § 4.3. La diversa strutturazione processuale dei giudizi e gli effetti del giudicato – § 4.3.1. Le azioni di regresso fondate sull'ordinamento sovranazionale ed il giudicato nazionale – § 4.3.2. Le condizioni di un regresso idoneo a destabilizzare il giudicato interno – § 4.3.3. Alcune considerazioni sulla sentenza « *Lucchini* » – § 4.4. Rilievo dei parametri e del rapporto processuale con riguardo ai rapporti fra giudici nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo – § 5. Principi speciali che regolano l'azione ed il giudicato penale

#### § 1. La coerenza di un costituzionalismo plurale e la consistenza dei giudicati resi nel suo ambito

La presenza di diversi sistemi di garanzia costituzionale, quali derivano, ad es., dal *jus cogens* internazionale, dal diritto dell'Unione europea, dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo, dal trattato sul commercio internazionale pone problemi sostanziali di armonizzazione in astratto e problemi processuali di compatibilità in concreto delle decisioni rese dalle diverse corti.

L'armonizzazione in astratto fra le diverse normative opera mediante criteri che hanno a che fare con la teoria delle fonti e mediante criteri che hanno a che fare con

---

\* Augusto Cerri, professore di Istituzioni di diritto pubblico e di Giustizia costituzionale nell'Università di Roma "La Sapienza".

la teoria dell'interpretazione, in un intreccio non facilmente districabile, in cui l'interpretazione adeguatrice precede l'applicazione dei criteri di soluzione delle antinomie e poi anche la segue, quando questa ha operato secondo le sue regole.

Si cerca, in tal modo, di conseguire il massimo di « coerenza » compatibile con il dato positivo<sup>1</sup>.

Sul terreno processuale il costituzionalismo plurale può presentare profili anche più preoccupanti. La contraddittorietà di giudicati per quel che attiene alla *ratio decidendi*, nell'ambito di controversie assolutamente indipendenti l'una dall'altra, è un problema di coerenza dell'ordinamento e, dunque, coincide con il problema di diritto sostanziale cui si è accennato poco sopra. La contraddittorietà di giudicati per quel che attiene alla *ratio decidendi* nell'ambito di controversie fra diversi soggetti ma inerenti ad un medesimo rapporto sostanziale (come, nel diritto civile, ad es., fra diversi debitori solidali e creditore comune o fra diversi condomini e terzo che agisce separatamente contro l'uno o l'altro per danni ricevuti dalla cosa comune) è un problema di diritto processuale che non coinvolge propriamente l'efficacia e l'autorità del giudicato.

Le sentenze che definiscono i relativi giudizi, anche se esprimono *rationes decidendi* fra loro incompatibili, potranno, ciascuna, essere portata ad esecuzione. E, tuttavia, la incompatibilità delle *rationes decidendi* all'interno di un medesimo rapporto, sia pure plurisoggettivo, è un inconveniente ulteriore e più grave (perché mina più profondamente la credibilità della giustizia) dell'incompatibilità all'interno dell'intero ordinamento, ad evitare il quale possono soccorrere rimedi di carattere processuale (quali il *simultaneus processus*, attraverso riunioni di giudizi, interventi volontari o coatti, etc.<sup>2</sup>).

Ancor più grave è una contraddittorietà fra dispositivi di diverse sentenze, rese in ordine al medesimo rapporto e fra le medesime persone. In questo caso il problema non è più di coerenza ma di consistenza dell'ordinamento, che non potrà portare ad effetto l'una o l'altra o entrambe.

## § 2. Profili sostanziali: alcune componenti del costituzionalismo plurale

Da un punto di vista sostanziale, i materiali del costituzionalismo plurale sono vari e complessi. Alla costituzione nazionale si sono affiancate una serie di ulteriori

---

<sup>1</sup> Due regole (come anche due proposizioni descrittive) sono tanto più coerenti fra loro quanto maggiore è l'insieme delle premesse comune ad entrambe; ove tutte le premesse dell'una proposizione fossero comuni all'altra e viceversa, le due proposizioni sarebbero fra loro, ovviamente, equivalenti. Cfr. PECZENIK, A., p. 158 ss.

<sup>2</sup> Cfr., sul tema, ad es., Corte cost., sentt. 73/1980; 308/1991; 295/1995; 60/1996; 433, 451/1997; 112, 351/1998; ord. 18, 41/1999; 398/2000; 28/2001; 90/2002; 143, 251/2003; 124, 215/2005; 107/2007; 138/2008; sent. 64/2009, in materia penale; ord. 68/2009, ancora in materia penale, etc.

garanzie, dotate di cogenza, forse non sempre esattamente pari, ma di efficacia di certo non minore.

Si è affermato nell'ordinamento internazionale un principio di rispetto dei diritti umani, uno *jus cogens*, che fa parte di una consuetudine nella quale, non si può non ammettere, l'*opinio juris*, avvalorata dalla dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, sembra, talvolta, palesare una preminenza dolorosa, seppur piena di speranze, rispetto al dato dell'effettività.

La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo ha acquisito, per il tramite dell'art 117 cost., un rilievo costituzionale più intenso e specifico di quello precedentemente ritenuto dalla nostra giurisprudenza. Ora, le norme della Convenzione, nell'interpretazione ad esse data dalla Corte EHR, si pongono come parametro di costituzionalità delle leggi ordinarie, sia pure ad un livello subordinato rispetto alla Costituzione<sup>3</sup>.

Questa medesima convenzione potrà acquisire nuovo valore, attraverso l'adesione dell'Unione europea, preannunziata nell'art. 6.2. della versione consolidata dei trattati dopo Lisbona; adesione che è qualcosa di più del richiamo o del recepimento (già contenuto nell'art. 6 dopo Maastricht), perché comporta, in ambito europeo, anche il rilievo non più solo esterno della giurisprudenza ma interno della giurisdizione della Corte di Strasburgo; ed, in ambito nazionale, l'equiparazione del regime delle norme ECHR alle norme dell'Unione europea, almeno nella parte in cui rientrano nelle competenze di questa.

Già da tempo, la Corte comunitaria si era richiamata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, trama ideale di principi idonea a colmare il vuoto di valori di una normativa prevalentemente economica, quale è quella comunitaria; ma non per questo non tale da non interferire, talvolta, con i diritti civili, politici, sociali dell'uomo. Le tradizioni costituzionali comuni sono ora riconosciute come parte integrante del diritto europeo dall'art. 6.3. del trattato di Lisbona e dall'art. 52.4. della Carta di Nizza<sup>4</sup>.

Il rispetto di queste tradizioni comuni era inteso, in origine, come un equivalente sostanziale del rispetto delle costituzioni nazionali, così da sottrarre, quanto più

---

<sup>3</sup> La giurisprudenza tradizionale della nostra Corte ascriveva alle convenzioni sovranazionali di tutela dei diritti dell'uomo un rilievo interpretativo per le norme costituzionali. In seguito, a partire dalle sentenze 348 e 349 del 2007, tenuto conto del nuovo testo dell'art. 117 cost., ha ritenuto di ascrivere a tali disposizioni il rilievo di « norma interposta » nel sindacato di costituzionalità. Cfr., ad es., Corte cost. sentt. 50, 103, 559/1989; 315/1990; 62, 344/1992; 10, 54, 109, 140, 218/1993; 86, 183, 168/1994; 361/1995; 15, 171, 353/1996; 10/1997, 109/1997; 270/1999; 388/1999; 227, 359/2000; 1, 135, 195/2002; 24/2004; 61, 104, 393, 394/2006; 254/2007. Con riferimento al nuovo contesto normativo, cfr., ad es., sentt. 348, 349/2007; 39, 306, 310/2008; 151/2009; 239, 311, 317/2009; 93, 196/2010; 1, ord. 32, sent 80/2011, *etc.*

<sup>4</sup> Ricorderei che anche nel diritto amministrativo la Corte europea ha dovuto integrare una normazione particolare e frammentaria con una trama di principi desunti dalle tradizioni degli Stati membri: cfr., ad es., MASSERA, A., 1993; SCHWARZE, J., vol. II.

possibile, il diritto comunitario od i suoi esiti normativi negli ordinamenti nazionali al sindacato condotto alla stregua delle costituzioni proprie di questi; garantendone anche, allora, quel valore e quel rilievo di uniforme applicazione che si connette non solo alle ambizioni federali a lungo coltivate e non certo dimesse in ambito comunitario ma, prima ancora (se non, più ancora), al regime di leale concorrenza fra imprese (nell'interesse del consumatore), che tende ad erodere differenze di disciplina nazionale tali alterare uniformi condizioni normative di partenza.

Inteso in questi termini, si sarebbe potuto ipotizzare il rispetto di una sorta di massimo comun denominatore fra le garanzie degli Stati nazionali; così riducendo l'insorgenza del problema dei « controlimiti », senza, tuttavia, eliminarlo del tutto<sup>5</sup>.

In realtà, le cose sono andate oltre; e, ad es., si è affermata la garanzia dell'applicazione della *lex mitior*, in ipotesi di successione delle leggi penali nel tempo, che è oltre le nostre garanzie costituzionali e, dunque, non fa parte di un « diritto comune », inteso, appunto, nel senso suddetto<sup>6</sup>.

Il carattere « selettivo » che viene ad assumere questa ricerca delle tradizioni comuni, con criteri che possono essere variamente ricostruiti (come quello dell'orientamento prevalente, o della *better law* se non addirittura del *maximum standard*<sup>7</sup>), pone problemi agli ordinamenti nazionali che non sempre sono facilmente superabili. In linea generale, la nostra Corte tende a collegare queste « eccedenze » di tutela costituzionale, reimportate attraverso il richiamo della Corte europea alle tradizioni comuni, a parametri costituzionali « elastici » (direbbe Luigi Rossi) o « miti » (direbbe Gustavo Zagrebelsky), quali l'art. 3 cost. Ciò sembra sottintendere una riserva di propria competenza a far valere i parametri costituzionali più rigorosi e « duri » ma, forse, anche scelte legislative che superino certe soglie (piuttosto esigenti, direi) del sindacato di ragionevolezza e siano ispirate ad un chiaro interesse generale, che dovrebbe andare oltre la ristrettissima nozione di controlimite.

Con il trattato di Lisbona si recepisce, inoltre, la Carta di Nizza, nel testo solennemente proclamato il 12 dicembre 2007 dal Parlamento, dal Consiglio, dalla Commissione; e, dunque, si attribuisce carattere, nella sostanza, « costituzionale » nel diritto europeo anche a questa normativa.

Sussiste, ancora, un'adesione del nostro paese (e degli altri paesi europei) all'organizzazione del commercio internazionale (WTO), che comporta non solo soggezione ad un insieme di regole di origine pattizia ma anche ad una giurisdizione che queste regole interpreta e fa valere.

---

<sup>5</sup> Talvolta si parla, anche in sede comunitaria, di « minimo » comune denominatore: ma si tratta di un evidente nonsenso.

<sup>6</sup> Corte CE sentenza *Niselli*, 11 novembre 2004, causa C-457/02; grande sezione, 3 maggio 2005, causa C-387, 392, 403/2002. Sul tema cfr., ad es., AA. VV., 2005; MANES, V., 2007. Cfr. anche Corte cost., sentt. 393, 394/2006 e poi: 72, 215, 324/2008.

<sup>7</sup> Cfr., sul tema, BERNARDI, A., 2009.



Restano in ombra, in questa sede, ulteriori ipotesi di costituzionalismo sovranazionale, quali quelle americane, africane, ad es., in qualche modo tendenzialmente parallele rispetto alle vicende europee<sup>8</sup>, perché, appunto in quanto tali, presentano minori elementi di interferenza.

§ 2.1. *La coerenza del costituzionalismo plurale attraverso criteri di soluzione delle antinomie e criteri interpretativi*

In questo contesto ordinamentale vario e complesso potrebbero insorgere non poche antinomie (si è profilato, infatti, lo spettro di una babele<sup>9</sup>), che, tuttavia, nella realtà delle cose, stentano a manifestarsi; ciò, appunto, ha suggerito l'immagine di una « caos calmo<sup>10</sup> » nella sostanza benigno. Si va affermando, in effetti, una sorta di « dialogo socratico » fra le corti<sup>11</sup>, la cui giurisprudenza, nel lungo periodo e al di là di temporanee divergenze, tende in un senso convergente di reciproco adattamento.

Nell'effettiva dinamica delle operazioni interpretative, infatti, ciascuna corte tende ad assimilare l'esperienza delle altre (e, dunque, anche dei testi normativi di riferimento) per offrire delle garanzie cui è preposta una lettura quanto più possibile armonica rispetto al quadro complessivo di un costituzionalismo plurale. Difficile avviene, allora, rinvenire vere disarmonie tra i vari testi costituzionali, vere « antinomie<sup>12</sup> ».

Con riguardo a quella parte delle consuetudini internazionali che attiene al rispetto dei diritti umani (e, dunque, allo *jus cogens*), più difficile è immaginare un contrasto con quanto dispone la Costituzione italiana o il diritto europeo.

La nostra Corte, inoltre, ha ritenuto che il diritto consuetudinario internazionale entri a far parte del nostro ordinamento ad un livello derogativo della Costituzione medesima (art. 10, comma 1, cost.), facendo salvi, tuttavia, come sempre, i principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Ma, di fronte ad una consuetudine (come quella relativa all'immunità diplomatica) che risale ad un tempo anteriore rispetto a quello di entrata in vigore della Costituzione e che, dunque, deve presumersi « considerata » dal Costituente nell'atto di approvare l'art. 10, comma 1, cost., la nostra Corte ha ritenuto derogati anche questi principi<sup>13</sup>.

Il rispetto del diritto internazionale sembra iscritto nel « codice genetico » sia della Comunità/Unione europea sia della ECHR; pur se, innegabilmente, non sareb-

---

<sup>8</sup> Cfr., ad es., SHANY, Y., p. 3 ss.

<sup>9</sup> HIGGINS, R.; CASSESE, S.

<sup>10</sup> Cfr. GAETA, P.

<sup>11</sup> PINELLI, C., 1996, spec. p. 1004; PANZERA, C., 2009; cfr. anche HIGGINS, R., pp. 803-4

<sup>12</sup> Cfr., in sede di teoria generale dell'interpretazione, MODUGNO, F., 2009, p. 199 ss.; e, per l'interpretazione costituzionale MODUGNO, F., 2003, p. 51; MODUGNO, F., 2008, p. 65 ss.

<sup>13</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 48/1979.

be in astratto inconcepibile un trattato (la ECHR, appunto, o quello sull'Unione europea) che derogasse, tra le parti, ad (almeno) alcune norme consuetudinarie internazionali<sup>14</sup>.

Si è ricordata la giurisprudenza della nostra Corte sulle convenzioni sovranazionali di tutela dei diritti umani come ausilio interpretativo della Costituzione e quella della Corte europea sulle tradizioni costituzionali comuni come parte del patrimonio giuridico europeo. Entrambe queste tendenze giurisprudenziali sono state avvalorate da riconoscimenti di diritto legislativo. Per l'Europa, richiamerei l'art. 6.3. del trattato di Lisbona e l'art. 52.4. della Carta di Nizza. In Italia il primo comma dell'art. 117 cost., nel testo dato dalla legge di revisione n. 3/2001, riconosce il valore vincolante dei trattati internazionali (e, dunque, anche delle convenzioni sovranazionali di tutela dei diritti umani). Di ciò si è fatto cenno<sup>15</sup>; occorre aggiungere che la tendenza all'armonizzazione trae ulteriore alimento dal valore cogente riconosciuto dalla nostra Corte all'interpretazione della Corte di Strasburgo<sup>16</sup>.

La Corte EHR sempre più muove nel senso di una interpretazione evolutiva del diritto convenzionale del 1950, che tenga conto degli svolgimenti giurisprudenziali consolidati delle corti nazionali e delle altre corti sovranazionali<sup>17</sup>.

Ed il medesimo *Appellate Body* del WTO fa ricorso alle tradizioni comuni degli Stati membri in tema, ad es., di *due process*, per costruire un diritto comune sovranazionale<sup>18</sup>.

*L'argumentum a comparatione* (ricordo Paolo Ridola) assume una pregnanza specifica quando inerisce ad un contesto ordinamentale in qualche modo unitario (come, ad es., nella dottrina delle tradizioni costituzionali comuni, elaborata dalla Corte europea ed ora consacrata nel trattato di Lisbona); ma, oltre questa ipotesi, diviene sempre più frequentato in un mondo giuridico percorso da commerci, immerso in realtà informatiche ed informative ormai sempre più trasversali rispetto alle frontiere di qual-

<sup>14</sup> Cfr., con riguardo al rispetto delle norme consuetudinarie sull'efficacia dei trattati, Corte CE, 16 giugno 1998, causa C-162/1996, caso *Racke*. Cfr. Corte EHR, *Forarty v. United Kingdom*, 21 novembre 2001, ECHR 2001-XI, p. 36: « *the Convention ... cannot be interpreted in a vacuum. The Court must be mindful of the Convention's special character as a human rights treaty, and it must be take the relevant rules of international law into account. The Convention should as far as possible be interpreted in harmony with the other rules of international law of which it forms a part ...* ». Ma cfr. già, sull'immunità degli Stati, *Al-Adsani v. United Kingdom* n. 35763/97, ECHR 2001-XI. L'*Appellate Body del WTO*, peraltro, rileva come il diritto consuetudinario venga applicato solo in quanto non derogato dal diritto specifico del trattato che lo istituisce (*Korea - Measures Affecting Government Procurement*, WT/DS163/R, 16 febbraio 1999).

<sup>15</sup> *Supra*, 2.

<sup>16</sup> Cfr., sulla c. d. *autorité de la chose interprétée*, ZAGRABEKSKY, V., 2006.

<sup>17</sup> Ricorderei, ad es., la recente sentenza della Corte EHR che corrobora le garanzie convenzionali con la dottrina della *lex mitior*, Corte europea diritti dell'uomo, grande sez., 17 settembre 2009, in *Foro it.* 2010, IV, col. 229, con evidente e dichiarata (il tempo trascorso, dice la Corte, induce a rimeditare precedenti giurisprudenziali sul tema ed a considerarli ora superati) sensibilità alla giurisprudenza della Corte della Comunità/Unione europea. Cfr. D'ALTERIO E. e MARI, C., 2007.

<sup>18</sup> Cfr. D'ALTERIO, E., e MARI, C., spec. p. 811.

siasi entità politica. Si possono trarre argomenti dalla giurisprudenza di Corti di nazioni non europee (della Suprema Corte federale americana, della Suprema Corte del Canada, a es.); ma anche di Corti sovranazionali di diversi complessi ordinamentali (della Corte del MERCOSUR, ad es.).

Si va creando una *koïnè* giuridica, uno *jus commune*, che non è più solo *europaeum*, per una via che sembra ripercorrere antichi tracciati<sup>19</sup>.

Osserverei, ancora, che, nonostante il carattere residuale delle carte di riferimento, sembra talvolta, peraltro, riscontrabile nelle Corti sovranazionali quasi un maggior rigore garantistico<sup>20</sup>.

Per il diritto della Comunità/Unione europea ciò è stato spiegato in relazione al forte grado di codificazione-strutturazione che lo caratterizza. Altrettanto non si potrebbe dire per la ECHR. Il fenomeno sembra allora ricollegabile ad un maggiore distacco della Corte di Strasburgo dalla pressione dei problemi quotidiani di ciascun paese e della medesima Europa, che conduce sovente ad una lettura di maggior rigore di disposizioni, per come formulate, sostanzialmente equivalenti; e dalla composizione largamente sovranazionale dell'organo giudicante che reca esperienze tali da neutralizzare non poche volte l'uso negativo dell'argomento dalle conseguenze: se, ad es., una certa garanzia rigorosa vive senza problemi in un solo paese rappresentato nella corte, il giudice di appartenenza potrà recare la viva testimonianza di ciò e questo medesimo rigore potrà essere esteso dappertutto senza eccessivi timori<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Ricorderei lo *jus gentium* romano, inteso come insieme di istituti comuni a tutti gli ordinamenti civili, applicato, appunto, dal *praetor peregrinus*: cfr. BONFANTE, P., p. 53 ss. Richiamerei, inoltre, il concetto di *lex vicini loci* e di *jus communis totius orbis*, del diritto comune europeo, su cui cfr. GORLA, G., 1981, p. 619 ss.: l'argomento traeva origine dall'idea di una *naturalis ratio* unificatrice delle singole e diverse esperienze giuridiche. Per riferimenti a questa tematica nel contesto attuale v. anche CERRI, A., 2005 e ID. 2007. Non saprei fino a quando potrà resistere l'esplicito bando a questo argomento dato in USA dalla *House Reaffirmation of American Independence Resolution* (l. 17 marzo 2004); su cui cfr., ad es., BUONOMO, G., 2006).

<sup>20</sup> Con riguardo alla Corte della Comunità/Unione europea, rinvio alla ricca analisi di MORBIDELLI, G., 322 ss. Per la Corte ECHR, limitatamente ai rapporti con il nostro paese, Cfr., ad es., sent., 30 gennaio 2003, ric. 40877/98 e 45649/996, *Cordova c. Italia*, 1 e 2; 3 giugno 2004, ric. 73936/01, *De Jorio c. Italia*, 6 dicembre 2005, *Jelo c. Italia*, ric. 23053/02, del 11 dicembre 2007, in *Foro it.* 2008, IV, col. 241; sez. II, 24 febbraio 2009, ric. n. 46967/07, in *Giur. cost.* 2009, 1295, *Cofferati c. Italia*, oltre ai più noti casi *Somogyi, Dorigo, Binotti, Scordino, etc.*

<sup>21</sup> L'argomento dalle conseguenze, come è ovvio, assolve ad un ruolo fondamentale in un sistema giuridico complesso e non facilmente o non completamente controllabile ad opera di un centro assolutamente consapevole. Serve a "monitorare" l'interpretazione tra le possibili varianti di lettura, nel senso più accorto da un punto di vista sistematico, dei valori in gioco ed anche degli effetti economici, in un'ottica per cui l'interpretazione non è meri rispecchiamento di un pensiero già pensato ma integrazione, supporto ulteriore del sistema. Ricordo MODUGNO, F., 1982 sul rilievo « complementare » della Corte rispetto al dato legislativo. In seguito ai progressi dell'analisi economica del diritto, può avvalersi di supporti ulteriori e più solidi (rinvio al mio scritto del 2005, cit.). E, peraltro, l'argomento dalle conseguenze può anche veicolare il timore dell'ignoto, che come talvolta può non risultare giustificabile.

Resta vero, nonostante tutto ciò, che le competenze degli organismi sovranazionali sono delimitate dai trattati che li istituiscono. Ciò, per l'Unione europea è ribadito puntigliosamente più volte nei testi sostanzialmente « costituzionali » che la fondano: dal detto art. 6 del consolidato normativo, dopo Lisbona, ad es., ed anche, con particolare precisione, dall'art. 51 di tale Carta di Nizza. Ed altrettanto delimitata dovrebbe essere l'immissione delle garanzie ECHR, almeno per il tramite dell'Unione europea (in conseguenza dell'adesione di questa alla relativa convenzione, come si è detto)<sup>22</sup>.

Questi limiti di competenza (ed anche, in qualche modo, di gerarchia) tendono, tuttavia, sovente a sfumare in una considerazione complessiva e storica dei sistemi giuridici. Una volta introdotto un principio nuovo in un settore è difficile, infatti, tenerlo confinato<sup>23</sup> e contenere la sua naturale forza espansiva (« normogenetica<sup>24</sup>»). Esso pone problemi non solo di coerenza (che possono divenire anche di eguaglianza/ragionevolezza) ma, inoltre, di ripensamento e di discussione dei settori più diversi ed, in apparenza, più lontani.

La Corte comunitaria, nel quadro del principio dell'effetto utile, elaborato come strumento di incisione forte negli ordinamenti nazionali, ebbe, ad es., a valorizzare il rilievo delle misure cautelari; ma sarebbe stato difficilmente concepibile che questa valorizzazione non si estendesse a settori dell'ordinamento o a controversie estranee rispetto al diritto comunitario. Esiste una comunanza di valori tra i vari ordinamenti e all'interno di ciascuno di essi che favorisce un « circolo virtuoso » fra le garanzie e fra le giurisprudenze delle varie corti<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Fuori dalle competenze dell'Unione europea, le norme della Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani operano nel nostro paese per forza propria, in virtù dell'autonoma adesione dell'Italia, sia pure senza immediata prevalenza sulla legge (che dovrà essere rimossa, ove contrastante con la convenzione, solo attraverso un giudizio dinanzi alla Corte costituzionale) e sia pure in via subordinata rispetto alla Costituzione. V. esplicitamente in questo senso, Corte cost., sent. 80/2011; cfr. ulteriore giurisprudenza menzionata nel § 2.

<sup>23</sup> Cfr. MORBIDELLI, G., 291.

<sup>24</sup> Così MODUGNO, F., 1991, 10; 2009, a, 203.

<sup>25</sup> Corte di giustizia CE, 19 giugno 1990, causa C-213/89 (sulla sospensione delle norme nazionali), *Zuckerfabrik*; sent. 21 febbraio 1991 C-143/89; 9 novembre 1995, C 465/94 (sui provvedimenti cautelari a carattere « positivo »); 11 febbraio 1999, causa C-390/95, in *Racc.* I, 769, punto 29; sez. VI, 15 maggio 2003, causa C-214/00, *etc.*. Sul tema cfr., ad es., LIMBERTI, L.; GRANDINETTI, M. e MONZANI, S., *etc.* Ed in effetti ciò poi ha condotto a ripensare le garanzie cautelari anche nel processo amministrativo (l. n. 205/2000), nel quale, peraltro, erano già state estese (attraverso la sospensiva di atto negativo) da un'accorta giurisprudenza del relativo giudice. Il fatto è che la garanzia cautelare, come insegna una illustre dottrina (la durata del processo non può essere a danno di chi ha ragione), espressamente richiamata dalla sent. 253/1994 e dalla sent. 190/1995, è insita nel medesimo diritto di agire ed era stata, anche in precedenza, valorizzata ampiamente dalla nostra Corte: cfr., oltre alle decisioni ora menzionate, ad es., sent. 284/1974; 227/1975; 8/1982; 42/1991; 89/1992; 318/1995, *etc.* Ed anche il principio del risarcimento dello Stato, per danni derivanti da legislazione non conforme alla direttive comunitarie, tende a superare il suo terreno di origine: cfr., ad es., BIFULCO, R., 1999. Si è parlato di *comity* fra le diverse corti (FONTANELLI, F. e MARTINICO, G., 2008), sottolineando anche il trasparente richiamo della Cor-

Le delimitazioni di competenza possono, peraltro, in certi casi divenire efficaci anche a questi fini (sempre in connessione con operazioni interpretative). Non è escluso, infatti, che un principio affermato da una Corte sovranazionale non sia condiviso da altra corte sovranazionale o dai giudici nazionali ed, allora, una tacita resistenza nei suoi confronti avverrà attraverso la puntigliosa applicazione dei limiti di competenza entro cui opera l'ordinamento cui detto principio inerisce. Ciò, nel lungo periodo, non potrà non porre problemi di armonizzazione ma in una forma che pone in discussione, questa volta, tutti i livelli del costituzionalismo plurale<sup>26</sup>.

### § 2.2. Il pluralismo istituzionale come limite alla coerenza

Un limite della coerenza è dato, appunto, dal pluralismo degli ordinamenti, come, del resto, generalmente si ammette che un limite dell'eguaglianza è dato dal carattere regionale o federale dello Stato<sup>27</sup>.

La gestione di questo irriducibile pluralismo istituzionale che coesiste con la tendenza all'armonizzazione è affidata, ancora una volta, ad esplicite disposizioni dei trattati ed alla elaborazione giurisprudenziale.

#### § 2.2.1. La garanzia del pluralismo nelle disposizioni esplicite delle convenzioni sovranazionali di tutela dei diritti umani

L'art. 52.4. della Carta di Nizza stabilisce che « Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa ».

Detto comma contiene, dunque, due proposizioni normative, la seconda delle quali anticipa il criterio di preferenza per la più incisiva garanzia, che sarà ribadito nel

---

te ECHR all'argomentazione della *Solange*, II (*as long as*); non sempre, peraltro, specie nel passato, intensamente praticata (cfr. CRIVELLI, E., 2003).

<sup>26</sup> Una garanzia forte dell'eguaglianza con riguardo alle distinzioni in base ad età è stata affermata, ad es., dalla Corte dell'Unione europea (22 novembre 2005, causa C-144/2004, *Mangold c. Helm*); ma non sembra interamente condivisa dal *Bundesverfassungsgericht*, che pure vi si adegua negli stretti limiti delle competenze dell'Unione stessa, e non oltre (*BVerfGE*, sez. II, 6 luglio 2010, *Mangold c. Honeywell*). Il tema, effettivamente, meriterebbe una più attenta riflessione, tenuto conto anche della giurisprudenza della Corte Suprema federale USA sulle *suspect classifications*, fra cui rientrano, di certo, le norme che toccano categorie sociali o *discrete and insular minorities*; ma non le norme che toccano concetti di genere o *categorie large and amorphous*; cfr., anche per documentazione ulteriore, CERRI, A., 2006, par. 2.2.6.

<sup>27</sup> Cfr., per indicazioni di giurisprudenza di varie corti a carattere costituzionale, CERRI, A., 1976, p. 68 ss.

successivo art. 53 e concreta il secondo criterio. La prima proposizione normativa è, peraltro, quasi enigmatica, perché potrebbe sembrare avvolta in un circolo vizioso, identificando la premessa con le conseguenze, il dato cui si ricollega una certa disciplina con questa medesima<sup>28</sup> e, dunque, poiché tautologica, necessariamente priva di autonome conseguenze operative.

La difficoltà forse si supera restando strettamente aderenti alla sua lettera. La disposizione vuole favorire un « linguaggio comune » che consenta il raccordo ed anche il raffronto tra le garanzie considerate, preoccupandosi di stabilire che il linguaggio ECHR, ove coincida, nel significato che gli è stato attribuito dalla giurisprudenza della Corte EHR (che, del resto, sembra destinata ad essere, in seguito all'adesione dell'Unione europea alla ECHR, in qualche senso, il giudice ultimo sul punto), vale anche a definire le garanzie dell'Unione; facendo salvo il contenuto di queste ultime, solo ove abbia carattere più incisivo<sup>29</sup>.

Con ciò siamo avviati all'esame del secondo criterio, quella della preferenza per la garanzia più incisiva.

L'art. 60 ECHR esclude, appunto, che la convenzione possa essere intesa nel senso di essere di ostacolo all'applicazione più estesa di diritti e libertà secondo le costituzioni degli stati membri; e questa salvaguardia del più elevato livello di tutela persiste, pur quando la ECHR opera non *ex se*, ma « veicolata » attraverso l'applicazione del diritto dell'Unione europea (per effetto del menzionato art. 6 del consolidato normativo dell'Unione, dopo Lisbona). Ed, infatti, la « comunitarizzazione » della ECHR può accrescere, nelle aree di competenza comunitaria, il « valore » giuridico della normativa, ma non ne altera il contenuto. L'art. 53 della Carta di Nizza, nel testo accolto nel trattato di Lisbona, prevede che nessuna sua disposizione debba essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parte, in particolare dalla ECHR, e dalle costituzioni degli Stati membri.

Entrambe le disposizioni, dunque, contengono una clausola di favore per la tutela più incisiva eventualmente rinvenibile in altre normative di natura costituzionale; la convenzione europea limitatamente alle costituzioni nazionali, la Carta di Nizza con riguardo anche alle convenzioni sovranazionali, alla ECHR medesima ed al diritto internazionale, conformemente al più ampio scenario di costituzionalismo plurale venuto in essere. Ciò sembrerebbe appropriato alla natura delle carte sovranazionali

---

<sup>28</sup> Cfr. SANTORO, P., 2009.

<sup>29</sup> Le *Spiegazioni* (istituto davvero singolare del diritto europeo, cui del resto, esplicitamente si richiama l'art. 53.7. della detta Carta) elencano una serie di garanzie corrispondenti connotate dalla quasi testuale identità delle formulazioni normative. In questi casi le garanzie dell'Unione europea dovranno esser definite nei termini elaborati dalla Corte ECHR.

di tutela dei diritti dell'uomo, ultima, efficace ma residuale linea di difesa dei diritti umani, che non si sovrappone, ma completa le garanzie nazionali o, comunque, *aliunde* assicurate; e subentra ove queste siano carenti. Ed, in effetti, se è vero che le carte sovranazionali riconoscono e disciplinano, in alcuni casi, fattispecie nuove rispetto a quelle contemplate nella nostra Costituzione (ricordo, ad es., il diritto di riservatezza e di informazione della ECHR; più evidente è la novità della Carta di Nizza che affronta, ad es., problemi di diritto dell'ecologia, della biologia, frutto dell'evoluzione scientifica, nel passato di necessità non considerati espressamente), è anche vero che in altre ipotesi è proprio quest'ultima a contenere le garanzie più precise e stringenti (penso al puntiglioso garantismo della nostra Costituzione in tema di libertà di domicilio, di corrispondenza, di circolazione, di riunione, di associazione, *etc.*; ed in tema di diritti sociali).

La generale e rinforzata riserva di legge della ECHR, che non consente restrizioni oltre quelle necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico *etc.*, ai sensi dell'art. 14, comma 2, non assorbe, dunque, le più specifiche tutele del nostro articolato costituzionale. Ciò dovrebbe valere anche per la ampia e rinforzata riserva di legge, per finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o per la protezione dei diritti altrui, con il vincolo della stretta necessità e della proporzionalità, oltre che della salvaguardia del contenuto essenziale del diritto, di cui alla Carta di Nizza (art. 52.1.). Si tratta, del resto, di principi per altra via ormai assorbiti, in via di interpretazione dalla giurisprudenza delle corti europee ed anche della nostra.

Il criterio di preferenza per la garanzia più intensa<sup>30</sup> presenta, peraltro, problemi di analisi concettuale piuttosto complessi.

Innanzitutto: il *favor* per le più ampie garanzie presuppone, invero, una posizione istituzionalmente antagonista fra diritti costituzionali e potere pubblico, che risale al pensiero tedesco di fine ottocento<sup>31</sup>. Questo profilo contrappositivo rispetto al potere pubblico (*Abwehrrechte der Buergers gegen den Staat*), pur se immancabile ed ancora attuale, si tende, nella presente fase di storia della civiltà giuridica, a coniugare con ulteriori profili dei diritti, immediatamente operativi nei confronti degli altri consociati e tali da concorrere all'integrazione dei principi del sistema<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Cfr., chiaramente, Corte cost., sent. 317/2009.

<sup>31</sup> Si tratta dell'impostazione di JELLINEK, G., 1912, che muove da un concetto di sovranità come potere potenzialmente illimitato; ma è presente, ad es., anche in KELSEN, H., 1963, 127; 1966, 164, pur nell'ambito di una dissoluzione del concetto di sovranità.

<sup>32</sup> Nel testo ho riprodotto un celebre luogo della c.d. *Luth Urteil, BVerfGE, 7 Band*, 198 ss., all'inizio dell'esperienza giuridica tedesca del secondo dopoguerra, che ricomprende e supera la « dottrina » risalente a Jellinek. L'« altra faccia » del diritto alla salute (mi servo dell'efficace espressione di Lilith ANZON, 1979; cfr. anche LUCIANI, M., 1991) è solo un esempio di questo generale fenomeno (cfr., in giurisprudenza, sentt. 88/1979, 87, 188, 356, 485 /1991; 37/1994; 118/1996, *etc.*), che ha avuto modo di manifestarsi, per il tramite dell'art. 2 cost., anche nel campo dei diritti civili, tradizionale roccaforte della teoria « classica ».

Una volta che il diritto costituzionale venga ad essere preteso non solo nei confronti del potere pubblico ma di altri consociati, più facilmente può venire ad urtare contro altro diritto, parimenti garantito in Costituzione, di cui questi sono titolari; diritto che, appunto, si trovi in una posizione antagonistica rispetto al primo o strutturalmente (diritto di cronaca e riservatezza, ad es.), oppure anche solo occasionalmente (diritto di cronaca ed onore, ad es.). Quando due diritti sono in posizione antagonistica (in via strutturale od occasionale) interviene una valutazione di « bilanciamento » che non di necessità deve essere « salomonica »; ma può anche contenere elementi di graduazione permanente o correlata a certe condizioni<sup>33</sup>.

In questi casi, peraltro, difficile è dire quale fra i diversi bilanciamenti possibili sia quello che garantisce meglio i diritti considerati: perché, ove in ipotesi ne privilegi uno, inevitabilmente attribuirà minore rilievo ad un altro; e viceversa. Difficile, se non impossibile, sarà, allora, affermare quale regime sia di « maggior rigore », per la inevitabile ambivalenza, in questa ipotesi (che è poi la più frequente), di ogni possibile scelta. E questa dovrebbe esser effettuata, a preferenza, dalle autorità (dai giudici) nazionali, « meglio collocate » (secondo un'espressione della Corte di Strasburgo) per apprezzare la sensibilità della popolazione interessata rispetto a quel certo problema<sup>34</sup>.

Ma poi anche la valutazione e la misurazione dei limiti delle garanzie nei confronti del potere pubblico, per determinare quale sia il livello più elevato di tutela, richiede alcune precisazioni preliminari, che, forse, rasentano l'ovvio, ma poi si rivelano utili se non, addirittura, indispensabili.

Sembra evidente che più estesi sono i limiti, meno esteso è il diritto; e viceversa. Occorre però aggiungere che il limite, sovente, presenta un risvolto positivo ed uno negativo, il primo che fonda l'incisione nel diritto, il secondo limitativo del primo. « Per motivi di sanità e di sicurezza », ad es., il diritto può esser limitato (e questo è il risvolto positivo); ma, ciò dicendo, si escludono altri motivi di restrizione (e questo è il risvolto negativo). Le limitazioni possono avvenire solo per legge, nell'ambito di un

---

<sup>33</sup> Come la salvaguardia del contenuto essenziale di ciascun diritto: cfr., ad es., n. 304/1994; n. 40/2000), oppure il condizionamento del prevalere dell'uno sull'altro a certi presupposti (sent. 372/2006).

<sup>34</sup> Vengo con ciò a trasporre, in un ambito nuovo, il criterio « paretiano » di valutazione del benessere collettivo; per cui, in un'ottica del tutto neutrale (e, cioè, scientifica), un aumento di tale benessere non può essere asserito se non quando si accresca l'utilità di tutti o l'utilità di alcuni (al limite, di uno solo) senza che diminuisca l'utilità di altri. Il criterio è stato talvolta inteso in un senso non « descrittivo » ma « prescrittivo. In questa sede vorrei solo osservare che, inteso in un senso puramente descrittivo, questo criterio può essere di estrema utilità anche oltre il suo terreno di origine, oltre i problemi dell'economia del benessere (per un'utilizzazione del criterio al fine di valutare l'efficacia e l'efficienza della PA cfr., ad es., SIMON, H., p. 196). In ogni ipotesi di concorso di diversi valori oggettivamente intesi (e non solo di interessi riferibili a diversi soggetti), un'ottica assolutamente neutrale (tecnica, appunto) può ritenere la situazione migliorata solo quando al maggior soddisfacimento dell'uno non corrisponda un minor soddisfacimento di altri; mentre, quando ciò non avviene, non è possibile un giudizio neutrale ma solo una valutazione, a sua volta, storicamente condizionata. Cfr., orientata in questo senso, Corte cost., sent. 317/2009.



rigoroso criterio di proporzionalità, salvaguardando il contenuto essenziale del diritto, per motivi di preminente interesse generale, compatibili con la natura di una società democratica<sup>35</sup>.

Estendere il risvolto positivo significa restringere il diritto; estendere il risvolto negativo, significa consentirne l'espansione (si perdoni, ancora, l'ovvietà).

A questo punto occorre introdurre un secondo e collegato ordine di considerazioni: e, cioè, che un elenco più esteso di fattori non di necessità comporta anche un impatto normativo più esteso (e questo è il punto decisivo). Tutto dipende se questi sono fra loro collegati in via congiuntiva o disgiuntiva; se, in definitiva, sono collegati o collegabili fra loro mediante una « e » oppure mediante una « o ».

Contrariamente all'intuizione immediata, se diversi fattori sono fra loro collegati (o collegabili) con nesso congiuntivo (mediante una « e »), questi, complessivamente, dispiegano un impatto minore; perché operano solo nell'ipotesi meno probabile e più ristretta che ricorrano tutti insieme; solo, cioè, nella misura o nella parte in cui ciascuno concorre con gli altri. Quando, invece, siano collegati o collegabili in via disgiuntiva (mediante una « o »), ciascun fattore opera separatamente e, per così dire, si aggiunge, si « somma » agli altri. Un elenco più nutrito, in questi casi, non restringe l'impatto, ma lo amplia.

Ciò vuol dire che un elenco disgiuntivo di limiti restringe maggiormente il diritto di un elenco congiuntivo; ed, al contrario, un elenco disgiuntivo di limiti dei limiti è più garantista di un elenco congiuntivo.

Vero è che un confronto protocollare di questo tipo risulta piuttosto improbabile: perché ciascun elenco potrà esser letto (interpretato) nell'uno o nell'altro modo; e poi un elenco potrà contenere alcune indicazioni in più ed altre in meno rispetto all'altro, riproponendo un dilemma simile a quello appena affrontato, non suscettibile di esser risolto, si è visto, in termini puramente neutrali.

La regola *de qua* viene, dunque, in evidenza quando ad una medesima fattispecie sono riferibili due disposizioni (A e B) che pongono eguali limiti ma non eguali limiti dei limiti; e viceversa; oppure quando l'una ponga più estesi limiti e l'altra più estesi limiti dei limiti. Nei primi due casi, *ceteris paribus*, si applica la disposizione che contiene minori limiti o maggiori limiti dei limiti; mentre, nell'ipotesi asimmetrica da ultimo prospettata, si viene a formare una terza disposizione C, che applica limiti dei limiti maggiori alla prescrizione che prevede minori limiti. Ciò, appunto, si è cercato di fare nella parte iniziale del presente paragrafo, quando abbiamo aggiunto all'elenco

---

<sup>35</sup> Cfr. art. 52, co. 1, Carta di Nizza, cui è aggiunta la formula consueta della ECHR: in questi casi viene in evidenza il risvolto negativo (di limite del limite, per intenderci; ricordo SCJARABBA), mentre quello positivo è presupposto. Sul risvolto positivo o negativo di ogni concetto ricorderei, ad es., CALOGERO, G., 1960, cap. II e IV.

di limiti dei limiti di cui all'art. 52 Carta di Nizza, il limite ulteriore della compatibilità con una società democratica, di cui alla ECHR<sup>36</sup>.

§ 2.2.2. *Il pluralismo degli ordinamenti nell'elaborazione giurisprudenziale*

Il pluralismo degli ordinamenti nazionali acquista rilievo, innanzi tutto, quando questi contengono garanzie più estese di quelle degli ordinamenti sovranazionali, secondo quanto si è visto nel paragrafo che precede.

Il pluralismo degli ordinamenti si rispecchia ancora nella dottrina del « margine di apprezzamento » riconosciuto alle autorità nazionali quando certi valori siano diversamente coniugati nei diversi contesti ordinamentali<sup>37</sup>, di recente ribadita con diverse declinazioni.

Ciò vale non solo in ipotesi di « *inherently flexible norms, discretionary norms and result-oriented norms*<sup>38</sup>», ma anche nell'ipotesi, poc'anzi vista (supra, 2.2.1.), di impossibile individuazione dell'ordinamento più garantista (per l'antagonismo istituzionale od occasionale fra due garanzie).

Altro criterio di tolleranza nei confronti delle diversità può esser quello della « garanzia equivalente », impiegabile ed impiegato laddove diversi testi normativi o diversi istituti offrano garanzie non esattamente identiche, ma connotate da differenze suscettibili di « compensazione » reciproca<sup>39</sup>.

In questo quadro debbono essere lette anche le norme dei trattati che riconoscono agli Stati membri non solo una propria sovranità nel campo dei servizi pubblici, fuori o dentro il mercato (cfr. art. 106 del consolidato normativo europeo, dopo Lisbona, per quel che dice e per quel che sottintende), ma, inoltre, la possibilità di opporre all'importazione di merci prodotte in stati comunitari le proprie norme particolari a tutela di esigenze, apprezzate con particolare rigore, quali la sanità, la tutela del consumatore, *etc.* (art. 36 del consolidato normativo europeo, dopo Lisbona); ciò

<sup>36</sup> Per ipotesi di cumulo di garanzia (ove queste non siano fra loro incompatibili) in aree comuni a diversi diritti costituzionali cfr. anche CERRI, A., 2005, p. 122.

<sup>37</sup> Cfr., sul tema, ad es., TEGA, D., 2007; APA, E.; SHANI, Y.

<sup>38</sup> Su cui v. SHANY, Y., p. 914 ss.

<sup>39</sup> Il criterio suddetto è stato fatto valere dalla nostra Corte, ad es., con riguardo a questione che poneva in gioco la medesima Corte comunitaria, sotto il profilo del necessario esplicitarsi del diritto supremo (nel sistema costituzionale), come in quella occasione si ebbe a ritenere e come in seguito è stato più volte ribadito, di agire e difendersi in giudizio anche con riguardo alla normativa comunitaria (sent. 98/1065). Ed, ancora, è stato anche fatto valere dalla Cassazione con riguardo ai limiti di durata della carcerazione preventiva: ritenendosi, appunto, equivalente il riesame, a brevi cadenze temporali, previsto in altri ordinamenti rispetto alla previsione di un termine massimo imposta dalla nostra Costituzione e, dopo la « storica » sentenza n. 64/1970 della Corte costituzionale, contenuta anche nella normativa codicistica: cfr. Cass., sez. un. pen., 30 gennaio 2007, n. 46114. Un criterio che somiglia a quello della garanzia equivalente è stato fatto valere anche dalla Corte EHR con riguardo a regolamento dell'Unione europea di attuazione delle risoluzioni ONU sul congelamento dei beni dei sospetti terroristi (Corte EHR, *Bosphorus Hava Yolları Torizim v. Ireland*, App. n. 45036/98 (30 giugno 2005). Cfr. CASSESE, S., 2009, p. 71.

in deroga al principio generale per cui una merce, prodotta secondo le norme dello stato di appartenenza, può essere liberamente esportata negli altri stati, principio che conduce ad un'armonizzazione al « ribasso ». Ciò vale anche per la libertà di stabilimento (attuale art. 52 del consolidato normativo europeo) e per la libera prestazioni dei servizi (art. 62)<sup>40</sup>.

In questa medesima area problematica sembra collocarsi la giurisprudenza della nostra Corte quando ascrive, in certo senso, una « valore minore » alle norme costituzionali affermate dalla Corte europea nell'ambito delle tradizioni costituzionali comuni ma non effettivamente presenti nel nostro testo costituzionale riconducendole a principi elastici di questo (v., *supra*, 2); o quando ascrive un valore di norma intermedia tra costituzione e legge ordinaria (interposta) alle convenzioni sovranazionali ed ai trattati diversi da quelli che integrano l'Unione europea.

Abbiamo anche visto come la tendenza all'armonizzazione, oltre la rigida ripartizione delle competenze, non sia obbligata ma debba passare attraverso il filtro, come si è detto (*supra*, 2.1.2.), del consenso dei giudici nazionali ai principi affermati nelle sedi nazionali nelle materie loro proprie; e come, dunque, talvolta, i giudici nazionali possano valorizzare i limiti di competenza delle istituzioni sovranazionali a vantaggio del pluralismo ed al di là della coerenza<sup>41</sup>.

### § 2.3. *Le possibili ed effettive non risolte antinomie nel quadro del costituzionalismo multilivello*

Oltre questi strumenti di reciproca tolleranza ultima difesa dell'identità degli ordinamenti nazionali è data dall'operare del controlimite, sorta di nuova « resistenza » od « obiezione di coscienza » nell'immediato a carattere giurisprudenziale in realtà a carattere collettivo (e, del resto, come insegna Walzer, anche la comune obiezione di coscienza si inserisce in fenomeni di pluralismo), istituito questo legalizzato sovente nella normativa degli Stati ed anche in quella europea, attraverso la clausola della salvaguardia dell'identità costituzionale degli Stati membri (art. 4.2., Consolidato del

---

<sup>40</sup> Il principio di libera commerciabilità dei prodotti venuti in essere in modo conforme alla normativa dello Stato di origine ha trovato riconoscimento nella giurisprudenza della Corte comunitaria a muovere dalla famosa sentenza c. d. *Chassis de Dijon* (sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Reve-Zentral*, Racc., 649). I limiti di cui all'art. 36 debbono essere fatti valere secondo il principio del minimo mezzo (utile a conseguire lo scopo riconosciuto) ovvero di proporzionalità: cfr., ad es., Corte CE, sez. VI, 16 gennaio 2003, causa C-12/00, *Commissione c. Regno di Spagna*. Vero è che sul punto non sempre la Corte europea è stata univoca, ammettendo talvolta che le inderogabili esigenze suddette possano essere autonomamente valutate dallo Stato membro, come nella sentenza *Omega Spielballen* (2004, I, 9609; altra volta accennando a ritenere che la normativa medesima di maggior rigore dello Stato membro può porsi come limite alle libertà economiche "europee" solo se conforme ai principi del diritto della Comunità/Unione (sentenza *ERT*, in Racc. 1991, I, 2925, par. 43 ss.): cfr., criticamente sul tema, HUBER, P. H., 2009.

<sup>41</sup> Cfr. HUBER, P. H., *cit.*

trattato UE). E, peraltro, la Corte dell'Unione europea non riconosce questo istituto oltre i precisi e tassativi avvaloramenti della positiva normazione suddetta.

Può, dunque, venire in essere un conflitto fra giurisdizioni degli Stati membri e Corte dell'Unione europea, di cui giudice ultimo finisce con il divenire l'opinione pubblica, come deve essere in una democrazia.

Il « limite dei controllimiti » nei confronti del diritto della Comunità/Unione europea è stato prevalentemente minacciato da parte delle Corti nazionali; ma solo raramente fatto valere. E, peraltro, non è senza significato che talvolta ha assunto un rilievo di effettiva operatività<sup>42</sup>.

Potrebbe divenire anche maggiormente operativo con riguardo al « terzo pilastro »; atteso che in questo caso diviene meno stringente quella esigenza di immediata uniformazione dei diritti nazionali alle regole comunitarie, a tutela di ciascun paese (e delle imprese di appartenenza) dalla concorrenza sleale (perpetrata attraverso la inosservanza o tardiva osservanza di certe regole)<sup>43</sup>.

Nonostante la conclamata fedeltà dell'Unione europea all'ordinamento internazionale<sup>44</sup>, qualche conflittualità, del resto, è insorta fra diritto internazionale « derivato », (e, cioè, fondato su trattati) pur di livello elevatissimo (come quello dell'ONU) e

<sup>42</sup> Vorrei solo accennare, assumendomi tutta la responsabilità della inevitabile incompletezza di quanto verrò a dire, ad alcuni casi nei quali questo limite è stato fatto valere in modo effettivo. Di fronte ad una giurisprudenza comunitaria che intendeva « datare » da oggi in poi gli effetti di una ritenuta violazione dei trattati istitutivi della Comunità ad opera di atti comunitari, sarebbe da ricordare la « ribellione » specie dei giudici francesi, argomentata però non in base all'intangibilità del diritto di azione ma, piuttosto, in base al vizio di mancata corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato riscontrabile in tali sentenze: cfr. LABAYLE, J., 1982; *Cons. d'Etat*, in *Revue trim. droi européen*, 1986, p. 145; ribellione che poi è approdata in un compromesso, per cui la Corte comunitaria ha ritenuto di dover salvaguardare quanto meno gli effetti favorevoli a chi si era attivato in giudizio per far valere l'illegittimità del regolamento (la soluzione ricorda quella austriaca dell'*Ergreiferaemie*: cfr. CERRI, A., 2008, p. 271). Cfr., su questa vicenda, DANIELE, L., 1987, p. 21. Per il nostro paese ricorderei la sentenza del Consiglio di Stato che ha ritenuto di non dover sollevare questione comunitaria di interpretazione dei trattati, per quel che prevedono in tema di libera attività commerciale e di libera concorrenza, in relazione a norma interna, di tutela del diritto alla salute, per cui il gestore di farmacia non può esser partecipe di attività industriali relative ai prodotti farmaceutici, venuta in essere in seguito ad accoglimento manipolativo della Corte costituzionale; con ciò facendo valere, in anticipo, l'intangibilità di un principio supremo del sistema costituzionale (Cons. St., sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207). Ho già più volte espresso la mia adesione a questa, pur criticatissima sentenza, che non solleva questione i cui esiti sarebbero stati, comunque, inutilizzabili: cfr. CERRI, A., 2008, p. 187.

<sup>43</sup> Sugli episodi di resistenza dei tribunali costituzionali tedesco, polacco e di Cipro con riguardo all'accordo quadro sul mandato di arresto europeo ed alla sua attuazione cfr. CELOTTO, A., in AA. VV. (a cura di CALVANO, R.), 2007. Con riguardo alla posizione del tribunale costituzionale tedesco nei confronti della CEDU cfr. poi PALERMO, F.G., 2005.

<sup>44</sup> *Supra*, 2.1.

diritto europeo; con riguardo, ad es., alle misure di congelamento dei beni dei « sospetti terroristi<sup>45</sup>».

E qualche conflittualità è insorta fra diritto comunitario e diritto fondato sul trattato del commercio internazionale (WTO)<sup>46</sup>.

Né sembrano convincenti quelle tesi (affiorate specialmente nella dottrina tedesca) che vorrebbero radicalmente distinguere questo fenomeno da quello dei contro-limiti e della salvaguardia dell'identità costituzionale degli Stati membri in ambito europeo.

### § 3. La doppia pregiudiziale ed il problema della priorità

Da un punto di vista processuale sembra assumere un rilievo minore quello della priorità tra questione di legittimità costituzionale e questione di legittimità convenzionale. L'ordine fra le due questioni, a mio sommesso avviso, è un riflesso dell'ordine che sussiste fra i sistemi giuridici di cui le Corti nazionali e sovranazionali sono espressione ed in relazione a cui godono di una preferenza interpretativa<sup>47</sup>. Quando il parametro convenzionale è destinato a prevalere, meno significativa diviene la pregiudiziale costituzionale; e, viceversa, quando il parametro nazionale è destinato a prevalere<sup>48</sup>, diviene meno significativa la pregiudiziale interpretativa dinanzi alla Corte dell'Unione europea.

Vero è che il contrasto con il parametro convenzionale può dipendere dall'interpretazione che della disposizione viene data dal giudice nazionale e che questa interpretazione talvolta non può prescindere dal considerare la normativa della propria

---

<sup>45</sup> Non è il caso di ripercorrere la storia tormentata della giurisprudenza europea sul tema, che, peraltro, ha sempre ribadito la intangibilità dei principi di garanzia comunitaria: cfr., ad es., tribunale di primo grado, 3 aprile 2008, causa T-253/2004; Corte CE, grande sezione, 3 settembre 2008, cause, C-402 e 415/2005; tribunale di primo grado, sez. VII, 23 ottobre 2008, causa T-256/2007; Corte giustizia, sez. II, 11 ottobre 2007, causa C-117/2006; tribunale I grado, 30 settembre 2009, causa T-341/07 e 11 giugno 2009, causa T-318/01, in *Form it.* 2010, IV, 145. Cfr., sul tema, ARMANNO, M., 2007; CAPPUCCIO, L., 2007; SCHILLACI, A., 2009. Si è già accennato alla sentenza *Bosphorus* della Corte EDU che ha avallato sostanzialmente la giurisprudenza comunitaria. Si tratta di una conflittualità collaborativa o contrappositiva (cfr., per ulteriori indicazioni, SCHILLACI, A. cit., Sembra chiaro che, in un mondo nel quale le frontiere sono sempre più attraversate dalla comunicazione delle idee, dai traffici economici e superate da comuni ideali sembra preferibile la seconda alternativa, pur senza dissimularsi che la questione assume un rilievo piuttosto formale.

<sup>46</sup> La Corte comunitaria, infatti, ha ritenuto di non poter esercitare un controllo sul rispetto, da parte di un regolamento comunitario, delle regole WTO., in quanto ciò collocherebbe gli Stati europei in una condizione di svantaggio rispetto agli altri Stati aderenti al suddetto trattato, privandoli dei margini di elasticità politica di cui questi ultimi si avvalgono: cfr. Corte CE, 1 marzo 2005, causa C-377/2002. Cfr., sul tema, CASSESE, S., 2007.

<sup>47</sup> V. *infra*, 4.2.3.

<sup>48</sup> V. *supra*, 2.3.

costituzione; ed è altrettanto vero che il contrasto con il parametro costituzionale talvolta può dipendere dall'interpretazione che della disposizione medesima viene data tenendo conto anche del sistema dell'Unione europea; è vero, in altri termini, che può sussistere talvolta un rapporto di reciproca implicazione fra le due pregiudiziali. Di qui nasce la frequente esortazione al dialogo fra le Corti (si tratta di orientamento talmente diffuso in dottrina da non richiedere specifiche citazioni). E, peraltro, le pronunce della Corte europea sono formulate in termini condizionali: dichiarano, cioè, non compatibili o compatibili con il diritto comunitario certe interpretazioni o certe disposizioni, ove interpretate in un certo modo. Tengono conto dell'interpretazione prevalente in un certo diritto nazionale ma non la considerano il presupposto univoco di una pronuncia netta di compatibilità/incompatibilità. Ed anche la Corte costituzionale non è priva di strumenti idonei a condizionare una ritenuta incostituzionalità a certi esiti interpretativi (interpretativa di rigetto, *etc.*). Tutto ciò contribuisce a ridurre l'imprescindibilità di un dialogo serrato fra le Corti sul terreno strettamente processuale; mentre, come si è visto, sul terreno sostanziale un dialogo fra le giurisprudenze è da tempo in atto<sup>49</sup>.

#### **§ 4. Identificazione dell'azione, struttura soggettiva del rapporto processuale, litispendenza, giudicato, competenze per la valutazione dei suddetti fattori: le aree problematiche del pluralismo giurisdizionale**

I problemi che in genere si presentano nel concorso fra azioni dinanzi a giudici diversi sono quelli della litispendenza e del giudicato<sup>50</sup>.

Un'eccezione di litispendenza in senso proprio, potrà essere sollevata, in questo contesto, prevalentemente con riguardo a due azioni proposte, entrambe, dinanzi al giudice sovranazionale od, entrambe, dinanzi al giudice nazionale. Nel secondo caso

---

<sup>49</sup> I casi di prevalenza del diritto interno, come si è visto (*supra*, 2.2.2 e 2.3), possono andare oltre l'ipotesi di violazione di un principio supremo dell'ordinamento nazionale (ricordo, ancora, le ipotesi di principi costituzionali comuni non conformi al dato costituzionale, di ambiti nei quali si riconosce un margine di apprezzamento agli Stati membri, *etc.*). Fuori dall'ipotesi di controlimiti, può esser necessario che entrambe le pregiudiziali (convenzionale e costituzionale) vengano proposte e decise, ove non sussista giurisprudenza consolidata. Il Consiglio di Stato (sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207) ha ritenuto di non sollevare questione comunitaria in presenza di un controlimito ritenuto certo (sul caso, v. *supra*, 2.3). Ciò sembra coerente con quanto detto. La Corte costituzionale (sent. 288/2010), peraltro, rivendica la sua esclusiva competenza a valutare il limite dei principi supremi. Non saprei dire se questa è la via migliore; ciò può comportare conflitti fra ordinamenti e giudici che ne sono espressione più clamorosi e difficili da gestire. Nel caso, il Consiglio di Stato si era, del resto, appoggiato ad una disposizione già « manipolata » da precedente sentenza di accoglimento della Corte a tutela di un diritto inviolabile come quello alla salute. La Corte ritiene, inoltre, prioritario l'esame di censura di legge statale o regionale per violazione delle competenze rispetto alla censura di violazione del parametro comunitario (sent. 368/2008); ciò comporta un ulteriore caso di precedenza della pregiudiziale costituzionale.

<sup>50</sup> SHANY, Y., p. 22 ss.

soccorrono, come è ovvio, le norme dell'ordinamento interno a ciò ordinate; nel primo caso, pur ove difetti una previsione nel trattato o nel regolamento che disciplina l'attività del corpo giurisdizionale, deve ritenersi ovvia la proponibilità dell'eccezione di litispendenza ed anche di continenza (ove una causa sia più ampia ed includa un'altra proposta dinanzi al medesimo giudice in tempi diversi), con l'effetto di unificare la cognizione di entrambe.

Meno semplice da risolvere è il caso di eccezione di litispendenza o continenza fra cause proposte dinanzi a di giudici sovranazionali espressione di diversi ordinamenti. L'eccezione, fondata sul diritto processuale generale (su di una sorta di *naturalis ratio* che si impone al di là delle disposizioni esplicite), potrà esser presa in considerazione in ipotesi non solo di sovrapposizione di competenze ma di identità dell'azione avuto riguardo al parametro<sup>51</sup> e alla struttura dei giudizi<sup>52</sup>. Ciò vale anche nei rapporti fra giudice nazionale e giudice sovranazionale.

Un'eccezione o una questione di litispendenza è poi esclusa quando sia previsto un « ordine successivo » di esame delle questioni<sup>53</sup>.

#### § 4.1. *Premesse sugli elementi che identificano l'azione nell'ordinamento nazionale*

Tradizionalmente l'azione e, dunque, il giudicato si identifica in base alle parti, alla *causa petendi* (intesa come fatto storico cui si collega la pretesa fatta valere) ed al *petitum* (sia esso inteso in senso immediato, come provvedimento giudiziale richiesto o, in senso mediato, come « bene della vita » conteso). In relazione a questi elementi dovranno esser, dunque, valutate le ipotesi di litispendenza o, semplicemente, di connessione.

Per *causa petendi* tradizionalmente si intende non la ragione giuridica (la norma fondativa della pretesa o il percorso argomentativo che riconduce la pretesa alla norma che ne costituisce il fondamento) ma il fatto storico da cui la pretesa trae origine; fatto che potrà poi essere qualificato giuridicamente anche in modo diverso (rispetto all'impostazione iniziale) nel corso del giudizio. La domanda deve, bensì, esser corredata di motivi e, cioè, dell'indicazione oltre che del fatto storico che origina la

---

<sup>51</sup> V. *infra*, 4.2

<sup>52</sup> V. *infra*, 4.3.

<sup>53</sup> Nel senso che, come accade per il sistema ECHR, l'azione davanti al giudice sovranazionale debba di necessità seguire l'azione proposta dinanzi al giudice nazionale. In questi limiti si condivide la tesi di CUNIBERTI, G., (2006, p. 383), secondo cui l'eccezione di litispendenza non sarebbe praticabile nel contesto giurisdizionale del costituzionalismo plurale.

pretesa e della pretesa medesima, anche degli argomenti giuridici che collegano l'uno e l'altra; ma questi argomenti, pur necessari, non la identificano in senso stretto<sup>54</sup>.

Nell'ambito di un ordinamento dato, del resto, si può (e si deve) ipotizzare che le parti, nello svolgere le loro argomentazioni, ed il giudice, nel decidere, considerino (tengano conto) dell'intero insieme delle norme rilevanti, dell'intero sistema giuridico, sia pure nell'ottica di un dato e determinato rapporto.

Certo, ciò non esclude (ed è questo un problema) un diverso e proprio *stilus iudicandi* delle diverse giurisdizioni; ma, in principio, tutte operano nell'ambito del medesimo ordinamento e tutte debbono tener conto di questo nella sua interezza. Da questa necessaria considerazione, anche d'ufficio, del sistema giuridico nella sua interezza deriva la identificazione dell'azione in base ad elementi materiali e non immediatamente giuridici<sup>55</sup>.

Solo in casi eccezionali il parametro normativo assume un rilievo identificativo dell'azione (e, dunque, del rapporto processuale). Ciò avviene, ad es., nella c. d. « questione di costituzionalità », sia in via incidentale (nel qual caso, unisce in sé i caratteri della « questione » per le parti del giudizio *a quo* e di « domanda » nell'ordinamento generale) sia in via principale (nel qual caso più nettamente si configura come « domanda »).

Il parametro normativo assume in questi casi non solo rilievo identificativo della « questione » (come del resto avviene in generale), nel giudizio *a quo*; ma anche rilievo identificativo della « domanda », nell'ordinamento complessivo: si tratta, del resto, di domanda astratta, suscettibile di incidere su un numero indeterminato di rapporti giuridici, rispetto a cui la *causa petendi* non può essere un fatto storico determinato.

#### § 4.2. *Il parametro come fattore identificativo dell'azione nel sistema di giustizia costituzionale plurale: profili problematici*

Diverso sembra essere il caso di azioni proposte in ordinamenti diversi. In questa ipotesi il giudice di ciascuno di essi potrà, in linea di massima, tener conto solo

---

<sup>54</sup> Ciò vale anche per l'azione penale, delimitata dall'imputazione, che, a sua volta, si individua in relazione al fatto contestato e non alla sua qualifica giuridica. Ciò non esclude, come vedremo (*infra*, 4.5., con riguardo alla giurisprudenza della Corte EHR), che la diversa valutazione giuridica dei fatti possa o debba esser contestata alla parte (come debbono essere contestate, nell'azione civile, le questioni rilevabili d'ufficio). Nell'azione penale, inoltre, la domanda è generica; nell'imputazione si chiede di giudicare un certo fatto, riconducibile a previsioni legislative, non si chiede di irrogare una determinata pena.

<sup>55</sup> In relazione, peraltro, al diverso *stilus iudicandi* del giudice amministrativo ed ordinario, oltre che in relazione ai diversi termini di decadenza o prescrizione, si riscontrano, ad es., difficoltà nel rendere effettiva la *translatio iudicii*, pur provvidamente disposta dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Cassazione ed ora da esplicite disposizioni di legge (cfr., sul tema, MAZZAMUTO, M., 2010, spec. p. 179 ss.).



delle norme dell'ordinamento in cui opera. Certo è presente, come segnalato<sup>56</sup>, uno sforzo di armonizzazione dei criteri di giudizio; ma ciò avviene entro certi limiti<sup>57</sup> e nella salvaguardia delle competenze dei diversi giudici, distinte in base ai parametri nazionali o sovranazionali.

È vero, allora, che, nel sistema delle giurisdizioni del costituzionalismo plurale, l'azione deve essere identificata non solo in base alla *causa petendi* (intesa come fatto storico che giustifica una certa pretesa) ed al *petitum*; ma anche in base al parametro normativo considerato<sup>58</sup>.

E, del resto, le valutazioni dei diversi ordinamenti potranno essere concordi, discordi od anche solo complementari, nel senso, ad es., che quanto in un ordinamento è lecito in altro può essere doveroso o viceversa, *etc.* Solo in ipotesi di valutazioni concordi il parametro sarà identico; negli altri casi sarà diverso<sup>59</sup>.

Il parametro deve essere identificato in relazione al suo contenuto e non in relazione alle modalità di formazione. Quando una norma, un principio ricorre in vari trattati (o in atti, come i regolamenti comunitari, conseguenti ad un trattato) con un contenuto identico, perde rilievo la circostanza che si fondi, di volta in volta, su di un trattato diverso. E, dunque, il giudicato *dell'Appellate Body* del WTO, ad es., vincola le medesime parti anche in relazione ad una controversia dinanzi ai giudici europei con riferimento a norme comunitarie quando queste siano identiche rispetto alle norme del commercio internazionale e viceversa<sup>60</sup>.

È però da osservare che, pur se il parametro normativo sembra idoneo ad individuare l'azione in questo contesto giuridico marcatamente pluralistico e, dunque, inevitabilmente anche il giudicato su tale azione, non è, a differenza del *petitum* e della *causa petendi* (intesa nel senso tradizionale di fatto originativo della pretesa), tale da dirimere, in via immediata, la contraddizione fra giudicati o, comunque, il dato che essi

---

<sup>56</sup> V. *supra*, 2.1.

<sup>57</sup> V., *supra*, 2.2., 2.2.2., 2.3.

<sup>58</sup> Nonostante, ad es., *l'Appellate Body* ritenga definito il giudicato nei termini tradizionali dei soggetti, del *petitum* e della *causa petendi*, accade poi che difficilmente si ritenga vincolato ad un giudizio pronunciato, in base a diversi parametri, nell'ambito della Convenzione sul diritto del mare o in ambito NAFTA e viceversa (cfr., sul tema, PAWELYN, J., *Forum Shopping* cit. in AA. VV. 2010, spec. 70, 72).

Ciò, per altro verso, consente di comprendere come, invece, possano sussistere aree di riconosciuta fungibilità fra giustizia resa in ambito W. T. O. e giustizia da rendere in ambito Mercosur: cfr. MARCHETTI, B., 2009, quando il parametro sia da ritenere materialmente identico.

<sup>59</sup> La pluralità senza contrasti di diversi ordinamenti giuridici può sussistere, appunto, perché le modalità deontiche possono essere diverse senza essere contrarie o contraddittorie; ciò che, appunto, accade quando, ad es., ciò che è lecito in un ordinamento, in altro ordinamento risulta doveroso. Ciò, a prescindere dall'ipotesi, che non ricorre nell'ipotesi di concorso di ordinamenti tutti di tipo statale, di sanzioni operanti su piani diversi nei diversi ordinamenti. Cfr., sul tema, MAZZARESE, T., 1989, 6 ss., 47 ss.; TAMMELO, I., *Aspetti logici del « non liquet » del diritto internazionale*, in TAMMELO I. e TEBALDESCHI, I., 1976, 123 ss., *etc.*

<sup>60</sup> Ciò, ovviamente, non esclude che la identità normativa di parametri contenuti in disposizioni, in testi ed in contesti (ordinamentali) distinti possa dar luogo a valutazioni non facili.

(ove contengano statuizioni fra loro incompatibili) non potranno essere entrambi eseguiti. Altra cosa è essere obbligati in sensi incompatibili in relazione a fatti diversi ed altro esserlo in relazione a dati normativi diversi con riguardo ai medesimi fatti. I fatti si svolgono nel tempo e, dunque, quando uno di essi è successivo ad altro, parallelamente saranno anche distribuite in tempi diversi le conseguenze giuridiche dell'uno e dell'altro. La contraddizione tra le conseguenze normative dell'uno o dell'altro è, allora, puramente teorica o, comunque, non si distingue dalla generale problematicità della dimensione temporale e storica delle vicende umane. Ma, quando il medesimo fatto dà luogo a valutazioni giuridiche diverse in diversi contesti ordinamentali e queste valutazioni siano incompatibili e non solo complementari, può risorgere il problema della contraddizione nel senso più acuto, nel senso, cioè, che risulterà davvero impossibile dare, ad un tempo, esecuzione ad entrambe (come pure si dovrebbe, attesa la validità di entrambe le decisioni e la loro riferibilità ad una medesima vicenda).

§ 4.2.1. *Cognizione esclusiva del parametro nazionale e preferenza interpretativa del parametro sovranazionale*

Sembra certo (e viene costantemente ribadito) che il giudice comunitario non può interpretare i parametri nazionali, anche se vuole esserne informato (dal giudice *a quo*, ove sia investito di una questione incidentale) al fine di selezionare al meglio il parametro comunitario pertinente.

Il giudice nazionale conosce, invece, ed applica i parametri comunitari, restando tuttavia vincolato alle interpretazioni che di essi ha dato la Corte comunitaria ed anche a sollevare questione incidentale ove sussistano o persistano margini di dubbio interpretativo.

Si riscontra cioè una distinzione fra giurisdizioni talvolta misurata sulla diversità dei parametri da considerare, interpretare ed applicare altra volta sulla preferenza di alcune nell'interpretazione di alcuni parametri, che, peraltro, debbono essere considerati ed applicati in entrambi gli ordinamenti (sovranazionale e nazionale).

Ciò accade anche nei rapporti fra giudice nazionale e giudice EHR.

§ 4.3. *La diversa strutturazione processuale dei giudizi e gli effetti del giudicato*

Accade, inoltre, che talvolta i giudizi dinanzi al giudice nazionale ed al giudice sovranazionale o dinanzi a due giudici sovranazionali, pur essendo inerenti al medesimo rapporto giuridico, risultino diversamente strutturati sul terreno del rapporto processuale, sul terreno, cioè, dei soggetti del processo.

A questi fini non rileva la diversità tra accesso diretto ed accesso in via incidentale, appunto perché l'accesso incidentale (quali che siano i valori di cui ulteriormente

si carica) non può del tutto smarrire la sua natura di incidente del giudizio principale, deciso, per una qualche ragione di opportunità, in una sede sua propria e separata<sup>61</sup>. Rileva, invece, l'identità (o la diversità) delle parti legittimate ai due giudizi ed effettivamente coinvolte in essi, quali che siano le rispettive modalità procedurali di svolgimento.

La diversa strutturazione processuale dei giudizi comporta una tendenziale autonomia ed una tendenziale resistenza dei due giudicati<sup>62</sup>.

Ciò vale anche in ipotesi di azione diretta del privato contro lo Stato di appartenenza, quando i suoi organi giudiziari non abbiano adeguatamente interpretato il diritto comunitario né abbiano rispettato la preferenza interpretativa che, sul tema, spetta ai giudici dell'Unione europea. Questa eventualità, peraltro, non origina una vera contraddizione fra giudicati; può venire in essere, al massimo, un contrasto delle *rationes decidendi*, ma nell'ambito di rapporti fra soggetti diversi<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Ricordo già KEUSEN, H., 1928.

<sup>62</sup> Cfr., nel senso appunto di valorizzare, in fattispecie di questo tipo, i limiti soggettivi del giudicato e la diversa finalità intrinseca dell'azione tra privati o fra Commissione e Stato, Corte giustizia delle Comunità europee, sez. IV, 15 ottobre 2009, causa C-275/08. Nel caso si trattava di aggiudicazione di fornitura di *software* per immatricolazione autoveicoli, attraverso procedura di gara avvenuta senza previa pubblicazione del bando. Il ricorso di società controinteressata era stato definitivamente rigettato davanti al giudice nazionale. La Commissione agiva contro lo Stato tedesco per violazione delle regole comunitarie. La Corte di giustizia rigettava le eccezioni di inammissibilità per i motivi accennati (perché, appunto, il giudicato interno verteva, fra l'altro, tra diversi soggetti, oltre a non tener conto, in modo pieno, del parametro comunitario) ed anche in considerazione del fatto che, pur se il contratto dovesse esser considerato inattaccabile anche per considerazioni di tutela dell'affidamento e tale dovesse esser considerata la sentenza definitiva del giudice nazionale, pur sempre residuerebbe la responsabilità dello Stato di fronte al diritto comunitario. La circostanza che l'azione della Commissione possa esser provocata da istanza del privato non sarebbe decisiva al riguardo, atteso che la Commissione decide autonomamente di agire sulla base di sue valutazioni di interesse generale. Nel senso, ancora, della inattaccabilità di un giudicato (sulla competenza) in relazione alla violazione di norme comunitarie a tutela del consumatore (senza che nel giudizio contestato sia stata sollevata pregiudiziale interpretativa) cfr. anche Corte di giustizia, 10 novembre 2005, Causa C-234/04, *Rosmarie Kapferer contro Schlank & Schick GmbH*. In questo caso la preferenza interpretativa del giudice comunitario era disattivata dalla preliminare questione di competenza decisa in via irrevocabile. Ciò avviene anche quando l'atto di diritto interno non sia stato impugnato in termini (Corte di giustizia, 22 ottobre 1998, C-10/97 a C-22/97, *Ministero delle Finanze v. IN.CO.GE.'90 Srl e a.*).

<sup>63</sup> Pur se con riguardo a fattispecie oggettive identiche o intimamente connesse. La Corte comunitaria ha ammesso la responsabilità dello Stato nei confronti del singolo per violazione (« sufficientemente caratterizzata » e, cioè, manifesta) del diritto comunitario, senza che le norme interne sulla divisione dei poteri possano rilevare a questi fini: cfr., ad es., Corte CE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *A. Francovich e a. c. Rep. italiana*; 5 marzo 1996 cause C. 46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur SA c. Deutschland e The Queen c. Secretary of Transport, ex parte Factorframe Ltd e altri, etc.* Tale responsabilità può derivare anche da una sentenza passata in giudicato che abbia palesemente disatteso il diritto comunitario (decidendo, ad es., nel merito, senza doverosamente sollevare questione pregiudiziale di carattere interpretativo: cfr., ad es., Corte CE, 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Koebler*; grande sez., 13 giugno 2006, C-173/03, *Fallimento Traghetti Mediterraneo c. Repubblica italiana*. Il caso *Koebler* riguardava norma austriaca che escludeva, al fine della corresponsione di un premio fedeltà a professore universitario, la possibilità

§ 4.3.1. *Le azioni di regresso fondate sull'ordinamento sovranazionale ed il giudicato nazionale*

Vero è che talvolta il giudicato fra organi od enti sovrani od anche fra soggetti privati ed organi comporta la necessità o la possibilità di un'azione di regresso dell'organo o dell'ente sovrano nei confronti del privato, anche ove la posizione di questo sia coperta da « giudicato » intervenuto in giudizio nei confronti dell'amministrazione o in giudizio tra privati<sup>64</sup>.

---

di prendere in considerazione il servizio prestato presso università straniere. L'azione era stata rigettata dal giudice amministrativo nazionale, dopo aver ritirato questione comunitaria a carattere interpretativo (sull'ipotesi di discriminazione indiretta per ragione di nazionalità), sulla base dell'assunto che tale premio non costituiva elemento delle retribuzioni: nel corso della successiva azione proposta dal *Koebler* contro lo Stato austriaco per risarcimento danni veniva sollevata pregiudiziale interpretativa e la Corte comunitaria ravvisava nella fattispecie una violazione del principio di libera circolazione dei lavoratori. Nel secondo caso si trattava di impresa fallita (e, dunque, dell'amministrazione fallimentare) che aveva agito per risarcimento danni contro altra impresa concorrente, nel suo assunto beneficiaria di larvati aiuti di Stato (corrisposti nella forma di compensazioni eccessive per oneri di servizio); il giudice italiano (Cassazione) aveva deciso in via definitiva rigettando la domanda senza sollevare pregiudiziale interpretativa. L'amministrazione fallimentare aveva allora esperito l'azione di danno nei confronti della Repubblica italiana, in relazione alla detta sentenza irrevocabile e, nel corso di questa azione, era stata sollevata pregiudiziale comunitaria a carattere interpretativo, decisa dalla Corte comunitaria in senso favorevole alla configurabilità di un'azione del genere in relazione all'avvenuta violazione del diritto comunitario.

D'altra parte, anche nel diritto interno si ammette azione di danno contro lo Stato per sentenza effetto di colpa grave del giudice, ai sensi della legge n. 117/1988, oltre l'ipotesi di dolo (che è motivo anche di revocazione, ai sensi dell'art. 395, n. 6, c.p.r.c.).

<sup>64</sup> Il regresso è stato affermato, ad es., come doveroso nel caso « *Lucchini* » (Corte di giustizia delle Comunità europee, grande sezione, 18 luglio 2007, C-119/05), conformemente, del resto, a precedente giurisprudenza (Cfr. Corte di giustizia, 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Repubblica italiana c. Commissione*, punto 98 ed *ivi* ulteriori citazioni). Era stato concesso contributo in conto capitale in favore della *Lucchini SpA*; tale impresa agiva nei confronti del Ministero competente per ottenere l'effettiva erogazione del beneficio assentito; l'azione era accolta con sentenza, passata, infine, in giudicato. Pendeva, frattanto, procedimento innanzi alla Commissione con riguardo al carattere indebito di questo contributo, da ritenere aiuto di Stato non consentito. La Commissione, appunto, ravvisati nel beneficio i caratteri suddetti (del non consentito aiuto di Stato, cioè), decideva nel senso dell'obbligo dello Stato di recuperarne l'importo. La decisione della Commissione era intervenuta dopo la sentenza di primo grado favorevole al *Lucchini* e prima della sentenza d'appello, successivamente passata in giudicato. Il Ministero competente, dunque, disponeva la revoca del beneficio, del cui importo ingiungeva la restituzione. Il *Lucchini*, senza impugnare la decisione della Commissione, impugnava, invece, il provvedimento ministeriale per essere incompatibile con il giudicato a suo favore nel frattempo venutosi a formare. Nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo e, precisamente, nel grado di appello, il Consiglio di Stato sollevava questione interpretativa comunitaria, circa la compatibilità dell'eccezione di giudicato con il diritto comunitario, con riguardo al legittimo e doveroso recupero di aiuto di stato indebito (alla stregua del diritto comunitario). La Corte di giustizia decideva nel senso che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva. Si osserva, in primo luogo, che, nel caso, non era venuto in rilievo un contrasto fra due giudicati,

In considerazione di questo inevitabile regresso, del resto, il privato destinatario del beneficio si ritiene legittimato ad impugnare il provvedimento della Commissione, pur se non immediatamente a lui diretto, ma diretto nei confronti dello Stato di appartenenza (che, ad es., ha erogato il vantaggio da considerare indebito aiuto)<sup>65</sup>.

#### § 4.3.2. *Le condizioni di un regresso idoneo a destabilizzare il giudicato interno*

Il regresso dovrebbe, in genere, essere escluso quando non si tratti di norme a tutela della concorrenza o quando, comunque, il giudizio dinanzi ai giudici europei sia stato promosso in via incidentale dai giudici nazionali (sull'azione promossa da privato nei confronti di privato o di entità pubblica) e non, in via diretta, dalla Commissione (o da altro Stato); solo una azione « pubblica » di altro Stato o della Commissione palesa e veicola, infatti, un interesse generale alla salvaguardia di regole indeclinabili di un mercato concorrenziale, mentre l'azione del privato veicola un interesse di certo protetto (un diritto) ma non un interesse di terzi (oltre quello fatto valere attraverso la detta azione)<sup>66</sup>.

---

ma fra atto amministrativo ormai divenuto inoppugnabile della Comunità e giudicato del giudice nazionale. Detta circostanza, peraltro, non è considerata rilevante, atteso che il *Lucchini* non ha impugnato tale atto nella sede competente (tribunale di primo grado) ed atteso che il giudicato del giudice nazionale non fa stato sul parametro comunitario di cui è custode ultimo, appunto, il giudice comunitario. Cfr. sentenza 16 maggio 2000, causa C-344/98, *Masterfoods*. La sentenza *Lucchini* viene motivata essenzialmente in base al « primato del diritto comunitario »; sembrerebbe, peraltro, preferibile parlare di « preferenza » per gli organi ed i giudici comunitari nella interpretazione di detto diritto. Una qualche forma di regresso, del resto, tale da disattivare gli effetti di un precedente giudicato (fuori dall'ipotesi di revocazione o di opposizione di terzo) si verifica, almeno in alcuni casi particolari, anche nel diritto interno. Se Tizio deferisce giuramento decisorio a Caio e questi giura a proprio favore, Tizio vedrà rigettata la sua domanda con sentenza che potrà passare in giudicato. Se però, in seguito, verrà ad emergere, con rilevanza (diretta o indiretta) penale, la falsità del giuramento di Caio, Tizio potrà agire nei suoi confronti per risarcimento danni (cfr. art. 2738 c. c.).

<sup>65</sup> Cfr., ad es., Corte di giustizia, 9 marzo 1994, causa C-188/92 *Twd Textilwerke Deggendorf gmbh* (fermi la legittimazione e l'interesse ad impugnare, il termine d'impugnazione, peraltro, decorre dal momento dell'effettiva e piena conoscenza e, dunque, dall'atto dello Stato membro nei confronti del soggetto individuale o collettivo conseguente alla decisione comunitaria adottata nei confronti del detto Stato, se la conoscenza di questa solo in tale sede sia stata attinta dal soggetto privato). Il carattere perentorio dei termini d'impugnazione dell'atto della commissione, pur se decorre dal momento dell'effettiva conoscenza, non consente, peraltro, l'impugnazione dell'atto statale esecutivo per motivi che erano riferibili all'atto della Commissione (cfr. causa C-188/92 *cit.*, punto 25); 15 febbraio 2001, C-239/99, *Nachi Europe GmbH e Hauptzollamt Krefeld*; Corte CE, sez. III, s. 23 febbraio 2006, causa C-346/2003). Diverso è il caso in cui il privato non abbia avuto conoscenza della decisione (formalmente diretta nei confronti dello Stato di appartenenza), se non in occasione dell'atto di esecuzione dell'amministrazione di questo (cfr. sentenza 27 settembre 1983, causa 216/82, *Universität Hamburg*). È da chiedersi se, in quest'ultimo caso, non si riaprano anche i termini per un'azione diretta dinanzi al tribunale di primo grado.

<sup>66</sup> Il rilievo che assume la decisione autonoma della Commissione a tutela delle condizioni oggettive del mercato, pur quando sollecitata da imprese private controinteressate, viene sottolineato, ad es., dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, sez. IV, 15 ottobre 2009, causa C-275/08. Nei casi (paralleli)

Rilevante a questi fini dovrebbe essere anche la mancata osservanza delle procedure di pregiudizialità sopra accennate; perché comporta un mancato rispetto della preferenza interpretativa degli organi comunitari.

Le condizioni di un'azione di regresso, originata da decisione presa in ambito europeo, tale da destabilizzare il giudicato interno, sono dunque, forse, tre: *a) che l'azione sia a tutela delle regole sulla concorrenza* (tra imprese che operano nel mercato), che coinvolgono interessi di terzi, rimasti estranei al processo da cui ha avuto origine il giudicato nazionale; *b) che l'azione o la decisione provenga da soggetto od organo legittimato a far valere l'interesse di terzi rimasti estranei al giudizio nazionale*; *c) che, nel giudizio nazionale, non sia stata rispettata la « preferenza » degli organi comunitari nell'interpretazione del diritto comunitario* (omettendo, ad es., di sollevare pregiudiziale interpretativa innanzi alla Corte di giustizia).

« Terzo », in qualche senso, ad es., è la Commissione che sovente finisce con il rappresentare gli interessi di concorrenti (anch'essi estranei al precedente giudizio)<sup>67</sup>.

È da ritenere, per altro verso, che l'attivazione della pregiudiziale interpretativa, a sua volta, equivale, all'attivazione dei rimedi diretti contro l'atto comunitario. Il privilegio interpretativo degli organi comunitari non è vulnerabile ad opera del giudice nazionale, ma viene soddisfatto dal giudice europeo, pur attraverso diverse modalità procedurali (in questo senso, esplicitamente, sentenza 16 maggio 2000, causa C-44/98, *Masterfoods*, punto 48; cfr., implicitamente, sentenza *Eurotunnel*, anche ivi citata)<sup>68</sup>.

---

poco sopra considerati e, cioè, con riguardo al caso *Koebler* e nel caso *Traghetti Mediterranei* difettavano, mi sembra, le condizioni per un regresso dello Stato nei confronti del privato. Nel caso *Koebler*, l'azione era stata promossa, una prima volta da privato contro ente previdenziale, e, una seconda volta, dal medesimo privato (e non dalla Commissione o da altro Stato), contro lo Stato di appartenenza e, dunque, non veicolava un interesse oggettivo alla salvaguardia di un mercato concorrenziale. L'azione non muoveva, inoltre, da una da una lamentata inosservanza delle regole sulla concorrenza (utili anche a terzi) ma dalla lamentata inosservanza del divieto di discriminazione per motivo di nazionalità. Nel caso *Falimento Traghetti Mediterranei* di certo assumevano rilievo le regole sulla concorrenza e gli aiuti di stato, ma l'azione era promossa da un privato nel suo esclusivo interesse (e nell'interesse dei suoi creditori), non da un organo in qualche senso « pubblico » e nell'interesse oggettivo del mercato. L'azione di regresso sussiste, invece, nel caso *Lucchini* (esaminato poco sopra), in presenza di aiuti di Stato indebiti e di decisione della Commissione.

<sup>67</sup> Sull'interesse dei terzi, si sofferma, ad es., acutamente l'avvocato generale Antonio Saggio in *Eco Swiss China Time Ltd contro Benetton International NV*, Causa C-126/97, nella requisitoria depositata il 25 febbraio 1999, punto 35 (« qualora si verta in materia di concorrenza ... l'interesse – che evidentemente trascende quello delle parti private coinvolgendo anche le imprese terze, i potenziali concorrenti ed i consumatori – ad una corretta applicazione ... »). Sul punto cfr. anche le egregie osservazioni di PULVIRENTI, M. G., 2009.

Conviene ricordare che l'interesse dei terzi assume rilievo in tutte le questioni attinenti alla concorrenza: non solo, quindi, in ipotesi di aiuti di stato, ma anche, ad es., di « clausole di esclusiva », come nel caso *Eco Swiss*, cui si riferisce la relazione menzionata dell'avv. Antonio Saggio, o come nel caso *Masterfoods Ltd*, di cui si è fatto cenno, *etc.*

<sup>68</sup> Con riguardo, del resto, ad atti formalmente generali (regolamenti o direttive) immediatamente lesivi si ammette il ricorso diretto dinanzi al giudice europeo (cfr., ad es., tribunale di primo grado, sez. I, 3

Di ciò, talvolta, si è dubitato valorizzando la *cognitio minus plena* del fatto da parte della Corte di giustizia in sede di pregiudiziale; ma il dubbio deve esser superato non solo per ragioni sistematiche, sibbene anche in considerazione della circostanza che, per un verso, in sede di pregiudiziale, la Corte può chiedere ogni documento o indicazione utile a decidere (art. 23 bis, comma 4 dello Statuto della Corte di giustizia; art. 54 bis del regolamento di procedura) e, per altro verso, che, in sede di impugnazione della sentenza del Tribunale di primo grado, la Corte è investita delle sole questioni di diritto<sup>69</sup>.

---

maggio 2002, causa T-177/01, *Jégo-Quéré et Cie SA*); cfr. anche, ad es., tribunale di primo grado, 21 novembre 2005, causa T-306/01; 21 settembre 2005, causa T-315/2001 (ed, a commento, CINITOLI, F., 2001). Ma, quando possa sussistere dubbio sull'immediata impugnabilità, si ammette anche il ricorso al giudice nazionale contro l'atto che dà esecuzione a tali regolamenti o direttive, per sollevare, in quella sede pregiudiziale di legittimità o pregiudiziale interpretativa (cfr. della Corte di giustizia, 11 novembre 1997, Causa C-408/95, *Eurotunnel SA e a. contro SeaFrance*). Sulla complessa problematica v. ulteriori indicazioni e riflessioni in MARCHETTI, B., 2010, spec. 1484 ss.

<sup>69</sup> Cfr. Part. 58 del detto Statuto; cfr., sul tema, BIAVATI, P., 365 ss. Il dubbio viene coltivato, ad es., dall'avvocato generale Cosmas, nel punto 52 dell'opinione presentata nel maggio 2000, preliminare alla sentenza della Corte di giustizia, 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods Ltd e HB Ice Cream Ldte tra HB Ice Cream Ltd e Masterfoods Ltd, che agisce con la denominazione commerciale « Mars Ireland »*. Si trattava, come in altri casi, di un patto di esclusiva, della cui compatibilità con le regole della concorrenza era discussione. L'intreccio di giurisdizioni, in un caso del genere, sembra davvero complesso ed è sottolineato dalla menzionata requisitoria dell'avvocato generale. Un patto di esclusiva o di non concorrenza può dar luogo a controversia dinanzi al giudice nazionale, nella cui sede può essere sollevata pregiudiziale comunitaria a carattere interpretativo; può dar luogo a provvedimento e della Commissione (eventualmente sollecitato dall'impresa controinteressata), impugnabile dinanzi al tribunale di prima istanza, la cui sentenza, a sua volta, potrà essere impugnata dinanzi alla Corte di giustizia. L'intreccio è simile a quello che, nel caso *Lucchini*, abbiamo visto venuto in essere con riguardo ad un aiuto di stato; nel caso, peraltro, è da osservare che la controversia dinanzi al giudice nazionale è tra privati e non tra privato ed amministrazione pubblica e la decisione della Commissione tocca, infine, direttamente l'impresa interessata, che è parte del giudizio dinanzi al giudice nazionale, e non lo Stato erogatore del beneficio da considerare indebito aiuto. In questo caso, inoltre, la decisione della Commissione era stata impugnata dinanzi al tribunale di primo grado e tale giudizio pendeva contemporaneamente a quello davanti al giudice nazionale che solleva la pregiudiziale interpretativa. L'avvocato generale Cosmas rileva, ancora, con acutezza, un punto di sofferenza dell'intero sistema, che è dato dalla diversa costruzione della legittimazione ad agire o a resistere nel giudizio comunitario e nel giudizio nazionale (nota 36 ss. della sua requisitoria), che può comportare un problema di soggezione ad un giudicato pronunciato in una sede nella quale non sussisteva la possibilità di difendersi. La Corte di giustizia constata il concorrere, in un caso del genere, di una competenza dei giudici nazionali e della Commissione; ma esclude che la Commissione sia vincolata alla decisione dei giudici nazionali (punto 48); richiamando poi il precedente *Delimitis* (T-65/98 R. *Van den Bergh Foods Limited v Commission* [1998] ECR II-2641), la Corte ammonisce i giudici nazionali a non adottare sentenze incompatibili con la decisione della Commissione. Quando tale decisione sia stata tempestivamente impugnata davanti al tribunale di primo grado, il giudice nazionale potrà sospendere il procedimento innanzi a lui pendente, salva la facoltà di adottare misure provvisorie (punto 58), in attesa della decisione del giudice comunitario, oppure sollevare pregiudiziale interpretativa dinanzi alla Corte di giustizia (punto 57). Sul vincolo del giudice nazionale a decisione della Commissione non impugnata nelle sedi sue proprie cfr. anche Corte, quinta sezione, 9 marzo 1994 – causa C-188/92 - *Twd Textilwerke Deggenedorf gmbh*, punto 25; 30 gennaio 1997, Causa C-178/95, *Wiljo NV contro Belgische Staat*.

Ci si può chiedere, peraltro, fino a qual segno il giudice sia vincolato a sollevare detta pregiudiziale; se, cioè, deve farlo d'ufficio o solo su istanza di parte. E, dunque, fino a qual segno il diritto comunitario penetri nella struttura dei giudizi nazionali, eventualmente costruiti in un senso che esalta il principio dispositivo.

La giurisprudenza della Corte di giustizia afferma che le questioni comunitarie debbono essere equiparate alle questioni che il diritto interno considera di ordine pubblico e debbono essere rilevabili d'ufficio nella misura in cui lo sono queste. Se, dunque, il procedimento innanzi al giudice nazionale è costruito in un senso rigorosamente dispositivo, neppure, in assenza di eccezione di parte, il giudice avrebbe potuto sollevare questione comunitaria ed, allora, non sollevandola, non ha violato la preferenza interpretativa del giudice comunitario<sup>70</sup>.

Sempre a questa area di problemi si riconduce quello della revocabilità dell'atto amministrativo, pur confermato da giudicato del giudice nazionale, quando sopravvenga la cognizione che esso è incompatibile con il diritto comunitario; revoca che si ammette nei limiti in cui questo istituto viene disciplinato dal diritto nazionale. Ancora una volta il diritto comunitario non travolge quello nazionale ma viene equiparato alla disciplina più favorevole di questo. La revoca, peraltro, nasce sempre da una perdurante cura degli interessi pubblici e non rappresenta atto puramente contrario a

---

Nel caso accennato il giudizio dinanzi al giudice nazionale era fra soggetti privati; non costituiva, dunque, un modo per eludere i termini perentori di impugnazione delle decisioni della Commissione. La sentenza della Corte di giustizia sembra stabilire una equivalenza fra decisione resa in sede di pregiudiziale interpretativa e decisione resa in sede di impugnazione della sentenza del tribunale di primo grado, sul medesimo punto di diritto, superando implicitamente l'obbiezione dell'avv. Cosmas sulla diversa penetrazione della conoscenza del fatto nelle due sedi ed anche l'obbiezione della diversa struttura soggettiva dei giudizi.

<sup>70</sup> Cfr., sul tema, Corte di giustizia, 11 luglio 1991, Cause riunite C-87/90, C-88/90 e C-89/9014, *Verhopen e altri c. Sociale Verzekeringsbank Amsterdam*; dicembre 1995, Causa C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contro Stato belga*; 14 dicembre 1995, Cause riunite C-430/93 e C-431/93, *Jeroen van Schijndel e Johannes Nicolaas Cornelis van Veen contro Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*; 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd e Benetton International NV*; 26 ottobre 2006, Causa C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL, etc.* In relazione all'eccessiva difficoltà che crea a far valere il diritto comunitario, viene in rilievo altra decisione che ha censurato un modo di intendere il giudicato, per cui varrebbe, in relazione ad un tributo e per profili generali del debito tributario, anche per i periodi d'imposta successivi: cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee (sez. II), 3 settembre 2009, causa C 2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze v. Fallimento Olimpiclub Srl*. Ma, in linea di massima, il recupero medesimo di un tributo ritenuto incompatibile con le regole comunitarie, deve avvenire nei modi e nelle forme del giudizio nazionale, purché queste non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario; con la conseguenza che, ove queste forme non siano osservate, il giudicato nazionale, ancorché preclusivo del recupero di tale tributo, risulterà inattuabile. Cfr. Corte giustizia, 22 ottobre 1998, C-10/97 a C-22/97, *Ministero delle Finanze c. IN.CO.GE.'90 Srl* e a.



quello precedente ed al giudicato che lo conferma (è consentita per qualsiasi nuova valutazione anche di « ragione interna » sopravvenuta, pur in presenza del giudicato)<sup>71</sup>.

§ 4.4. *Rilievo dei parametri e del rapporto processuale con riguardo ai rapporti fra giudici nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo*

Il giudizio davanti alla Corte EHR è connotato per il privilegio interpretativo riconosciuto a detta Corte in ordine alle norme convenzionali, pur suscettibili di essere applicate anche dal giudice nazionale, per la diversa strutturazione del rapporto processuale ed, infine, per il fatto di essere necessariamente successivo.

Le azioni davanti ai giudici nazionali possono coinvolgere solo privati od anche privati e varie autorità pubbliche; l'azione davanti alla Corte EHR coinvolge immancabilmente lo Stato nazionale nel suo complesso e si traduce, ove accolta, almeno in via immediata, nell'affermazione di un obbligo risarcitorio del detto Stato nei confronti del privato, che « corre parallelo » ma non interferisce direttamente con il rapporto dedotto davanti al giudice nazionale.

Il problema diviene più complesso, peraltro, in relazione all'obbligo di adeguamento del diritto interno alle pronunce della Corte EHR, oltre gli immediati ed accennati effetti risarcitori.

Restiamo ancora ai margini della problematica processualistica quando si tratti della rimozione di inadempimenti permanenti alle prescrizioni convenzionali, dovuti, cioè, a dati legislativi o istituzionali incompatibili. Questa rimozione dovrà avvenire, in linea di massima, attraverso l'esercizio della funzione legislativa ad opera dello Stato interessato; ma potrà avvenire anche, quando ciò non comporti esercizio di discrezionalità politica, attraverso una sentenza di accoglimento della Corte costituzionale. In quest'ultimo caso finisce con il venire in essere un collegamento tra diverse giurisdizioni a carattere costituzionale, nell'ambito di rapporti giuridici diversi (seppur analoghi e paralleli) e al di fuori, dunque, del rischio di giudicati contraddittori<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Corte di giustizia delle Comunità europee - sentenza 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, *Kühne & Heitz NV e Productschap voor Pluimvee en Eieren*; 12 febbraio 2008, Causa C-2/06, *Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, etc.

<sup>72</sup> I rimedi previsti dalla nostra legislazione, per l'adattamento del diritto interno a quello Convenzionale, in seguito al Protocollo XIV, modificativo dell'art. 46 Convenzione, ratificato ed eseguito nel nostro paese con l. n. 280/2005, sembrano piuttosto mirati ad eliminare la lesioni permanenti, consegnate in atti legislativi: cfr. l. 12/2006; l. 16/2006; art. 1, comma 1217, l. 296/2006; d. P. C. M., 1 febbraio 2007. Vero è che la giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo sollecita una radicale *restitutio in integrum* del soggetto i cui diritti siano stati lesi (grande camera, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, punto 147, 151; grande camera, sentenza 1° marzo 2006, Sejdovic contro Italia, punto 119; grande camera, sentenza 8 aprile 2004, Assanidzé contro Georgia, punto 198; ; sentenza 18 maggio 2004, Somogyi contro Italia, punto 86; sentenza 11 dicembre 2007, Cat Berro contro Italia, punto 46; sentenza 8 febbraio 2007, Kollcaku contro Italia, punto 81; sentenza 21 dicembre 2006, Zunic contro Italia, punto

Una ricaduta specifica sul rapporto di origine (ed anche sul giudicato che lo abbia definito) appare, invece, inevitabile quando la via del risarcimento, pur aggiuntosi, non possa surrogare la reintegra del diritto leso (in relazione alla natura di questo e alla natura della lesione)<sup>73</sup>.

---

74; grande camera, sentenza 12 maggio 2005, *Öcalan contro Turchia*, punto 210), pur riconoscendosi una discrezionalità dello Stato membro nella scelta del come (grande camera, sentenza 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*, punto 152; grande camera, sentenza 1° marzo 2006, *Sejdovic contro Italia*, punti 119 e 127; grande camera, sentenza 12 maggio 2005, *Öcalan contro Turchia*, punto 210).

<sup>73</sup> Ove sia coinvolto, ad. es., un diritto all'indennizzo per espropriazione queste ricadute specifiche sembrano non imperiosamente dettate dalla natura della fattispecie in gioco. E, d'altra parte, in questo caso, il risarcimento preteso nei confronti dello Stato di appartenenza si sovrappone quasi perfettamente al carente indennizzo ricevuto dall'ente espropriante. Considerazioni diverse ma convergenti valgono per le (*abimè!*) innumerevoli sentenze della Corte di Strasburgo che hanno condannato il nostro paese in relazione all'eccessiva durata dei processi. In questo caso la lesione del diritto umano è ormai consumata ed irrimediabile; ed il rimedio risarcitorio sembra l'unico esperibile. Anche, inoltre, con riguardo a diritti inviolabili possono darsi lesioni non permanenti o rapporti complessi rispetto a cui l'azione risarcitoria nei confronti dello Stato può essere sufficiente. Nell'azione di danno per diffamazione, ad. es., la circostanza che, di fronte al divieto della camera parlamentare non sia stato sollevato conflitto di attribuzione o che questo sia stato non correttamente giudicato o che il divieto stesso sia stato non appropriatamente ritenuto preclusivo, nel giudizio della Corte EHR che contraddica in ciò quello delle giurisdizioni interne, difficilmente potrebbe giustificare, oltre all'azione di danno nei confronti dello Stato ed agli eventuali obblighi di pubblicazione della sentenza che accerta l'illecito dello Stato (e, mediatamente, del privato), anche un travolgimento del giudicato di assoluzione (in sede civile ed, a fortiori, in sede penale) nei confronti del diffamante. Si ricordano, in proposito, i casi *Cordova c. Italia*, 1 e 2, 30 gennaio 2003, ric. 40877/98 e 45649/99; *De Jorio c. Italia*, 3 giugno 2004, ric. 73936/01; *Ielo c. Italia*, del 6 dicembre 2005, ric. 23053/02; *Patrono, Cascini e Stefanelli c. Italia*, 20 luglio 2006, ric. 10180/04; *Cofferati c. Italia*, sez. II, 24 febbraio 2009, ric. n. 46967/07. In dottrina cfr., fra gli altri, GIUPPONI, T., 2006; PURIFICATI, N., 2007; REPETTO, G., 2009. Gioca non solo il principio tradizionale del favor rei, ma anche la sostanziale equivalenza dei risultati ai fini della soddisfazione del diritto leso. Non poche sono, peraltro, le decisioni della Corte EHR che palesano una violazione con effetti durevoli di diritti inviolabili: ricordo, ad. es., i casi di condanna in contumacia dopo una notifica dell'azione penale eseguita con il rito (assolutamente autoreferenziale) per gli irreperibili (*Colozza c. Italia*, 12 febbraio 1985; *F.C.B. c. Italia*, 28 agosto 1991; *T. c. Italia*, 12 ottobre 1992; *Somogyi c. Italia*, 18 maggio 2004; *Sejdovic c. Italia*, 10 novembre 2004 e *Idem*, grande camera, 1° marzo 2006); le sentenze che attengono all'assunzione della prova in dibattimento e nel pieno contraddittorio (cfr., ad. es., sul c. d. « caso *Dorigo* », CHIAVARIO, M., 2008, spec. 1522); le sentenze che attengono alla correlazione fra imputazione e sentenza, con riguardo alla necessaria contestazione di eventuale diversa qualifica giuridica del fatto (cfr., ad. es., *Drassich c. Governo Italia*, 11 dicembre 2007, in *Foro it.* 2008, IV, 241, *etc.*); le sentenze che attengono alla necessaria pubblicità del dibattimento (sentenza 13 novembre 2007, nella causa *Bocellari e Rizza contro Italia*, sentenza 8 luglio 2008, nella causa *Pierre ed altri contro Italia*; sentenza 5 gennaio 2010, nella causa *Bonjorno c. Italia*; sentenza 14 novembre 2000, nella causa *Riepan contro Austria*; sentenza 25 luglio 2000, nella causa *Tiere e altri contro San Marino*, *etc.*); le sentenze che censurano la carente imparzialità del giudice (cfr., appunto nel senso di consigliare, in un caso del genere, la rinnovazione del giudizio, Corte EHR, *Gençel c. Turchia* del 2004 ed osservazioni di TEGA, D., 2007), le decisioni che attengono ai mezzi di prova per il riconoscimento di uno status durevole, quale consegue alla accertata paternità (*Tavli v. Turchia*, novembre 2006, quando la Corte condanna Turchia per non aver protetto diritto di riaprire un procedimento di contestazione della paternità sulla base di nuove tecniche, quale l'analisi del DNA; cfr. sul diritto a ricostruire la propria identità biologica, Corte EHR, *Kroon v. Netherland* del 1994; sul tema cfr. OSTI, A.); le decisioni che attengono al

In queste ipotesi, a seconda della natura della lesione, la giurisprudenza del nostro paese, è pervenuta a configurare due rimedi possibili: la rimessione in termini, ai sensi dell'art. 175, co. 2, c.pr.c. (Cass., 15 novembre 2006 - 2 febbraio 2007, n. 4395; 12 febbraio 2008 - 27 febbraio 2008, n. 8784) ed un'ipotesi ulteriore di revisione della condanna, per violazione, nel processo, dei diritti dell'imputato (Corte cost., sent. 113/2011).

Gli accennati problemi che si pongono per quel che riguarda l'adattamento del diritto interno a quello convenzionale si riproducono con riguardo all'analogo adattamento del diritto dell'Unione europea (per effetto dell'adesione dell'Unione europea alla ECHR si può, infatti, ipotizzare che il privato, ove si ritenga leso da decisione definitiva pronunciata nell'ambito dell'Unione, possa agire dinanzi alla Corte EHR).

### § 5. Principi speciali che regolano l'azione ed il giudicato penale

Potrebbe sembrare non compatibile con quanto detto il principio che vieta, nel trapasso da un ordinamento ad un altro, di reiterare l'accusa penale nei confronti della medesima persona, per il medesimo fatto già altrove giudicato (*ne bis in idem*)<sup>74</sup>.

---

consenso dato in forme adeguate dalla madre all'abbandono del figlio (13 gennaio 2009, T, in *Foro it.* 2010, IV, col. 117); le decisioni che attengono alla successione nella locazione del partner di coppia omosessuale (sez. I, sent. 24 luglio 2003, *Karner c. Austria*; cfr., sul tema CRIVELLI, E.); le decisioni che, ascrivendo alla confisca per equivalente in reato tributario natura afflittiva, escludono la possibile retroattività delle norme che la prevedono (Corte EHR, sentenza 307/1995, *Welch v. Regno Unito*), etc. Al di là delle ricadute interpretative che tali decisioni hanno avuto (cfr. Corte cost., sent. 311, 239/2009 e, ad es., Cass., sez. VI penale sentenza 12 novembre 2008, in *Foro it.* 2009, II, col. 65; sentenze Cass. pen., sentenze n. 39173, n. 39172 e n. 21566 del 2008) o delle ricadute in termini di decisione di accoglimento della Corte costituzionale (cfr., ad es., sentt. 317/2009, 93, 196/2010, etc.) o delle ricadute legislative cui si è accennato, resta da affrontare in questa sede il problema delle ricadute nel giudizio già concluso da cui ha avuto origine la controversia contro lo Stato nazionale per violazione dei diritti dell'uomo.

<sup>74</sup> Tale principio trova fondamento in disposizioni specifiche (art. 54 Convenzione per l'applicazione del trattato Schengen; l. 16 ottobre 1989, n. 350; art. 3, n. 2, decisione quadro del Consiglio, 13 giugno 2001, n. 2002/584/Gai); deve essere inteso nel senso che il criterio pertinente è quello dell'identità dei fatti materiali, al di là della qualificazione giuridica. Cfr., ad es., Corte CE, 11 febbraio 2003, cause C-187 e 385/01; sez. I, 28 settembre 2006, causa C-150/05; sez. I, 28 settembre 2006, causa, C-467/2004; sez. II, 9 marzo 2006, C-436/04; sez. II, 18 luglio 2007, causa C-367/05 e C-288/05; grande sezione, 16 novembre 2010, causa C-261/2009. Sul tema cfr., ancora, Cass. pen, s. II, 18 gennaio 2007, *Centonze*; Cass. pen., sez. VI, 25 settembre 2006; Cass. pen., sez. IV, 30 gennaio 2007. Del principio, peraltro, già si discuteva: cfr. nota di CHIAVARIO, M., a Corte cost., sent. 48/1967; in senso limitativo cfr., appunto, detta sentenza e sent. 69/1976. Dopo il trattato di Schengen, cfr. sentt. 27/1995; 286/2003; 230/2004; 128/2009, etc. Nettamente distinto ma anche simile per l'ispirazione e l'orientamento, è il principio che vieta la reiterazione dell'accusa dopo un'assoluzione, familiare al diritto degli Stati Uniti d'America (divieto di *double jeopardy*). Non è escluso, come abbiamo accennato (*supra*, 2), che questo principio possa assurgere a norma internazionale cogente, fondata sulla consuetudine.

In effetti il principio in questione vieta di reiterare l'accusa penale nei confronti della medesima persona e per il medesimo « fatto-reato » anche se, ad es., la condanna è stata pronunciata in un ordinamento nel quale le pene sono meno severe che in un altro; e, dunque, afferma l'insuperabilità del giudicato pur se i parametri, negli ordinamenti considerati, presentano diversità anche sensibili. E, peraltro, opera pur sempre nell'ambito di una qualificazione, negli ordinamenti considerati, sostanzialmente omogenea del fatto medesimo, che deve essere dappertutto considerato come illecito penale; perché, se neppure questa omogeneità di base sussistesse, il problema di una qualificazione radicalmente diversa del medesimo fatto in diversi ordinamenti dovrebbe essere risolto in base ad altri principi.

Il detto principio esprime un particolare (anche se consueto) *favor* (*favor rei*, *favor libertatis*) nei confronti dell'imputato (e del colpevole) che non può essere generalizzato.

### Bibliografia

- AA. VV. (G. Alpa, S. Cassese, M. R. Ferrarese, N. Lipari, S. Lombardo ed a.), *La concorrenza fra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004.
- AA. VV. (a cura di Roberto Bin, Giuditta Brunelli, Andrea Pugiotto, Paolo Veronesi), *Ai confini del favor rei - Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionali e di giustizia*, Torino, 2005.
- AA. VV. (a cura di R. Calvano), *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2007.
- AA. VV. (a cura di F. Fontanelli, G. Martinico & P. Carrozza), *Shaping Rule of Law Through Dialogue. International and Supranational Experiences*, Groningen, Europa Law Publishing, 2010.
- ADINULFI A., *Rapporti fra norme comunitarie e norme interne integrate da sentenze additive della Corte costituzionale: un orientamento (... "sperimentale") del Consiglio di Stato.*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 139.
- ALLARD J. e GARAPON A., *La mondializzazione dei giudici*, trad. it., Macerata, 2006 (Liberilibri).
- ANZON A., *L'altra "faccia" del diritto alla salute*, in *Giur. cost.*, 1979, I, p. 657.
- APA E., *Il margine di apprezzamento statale nel sistema della CEDU*, in questo Volume.
- ARMANNO M., *La sussidiarietà nel secondo pilastro UE*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 423.
- BARBERA A., *Corte cost. e giudici di fronte ai « vincoli comunitari »: una ridefinizione dei confini?*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 335.
- BARONE A., *Corte cost. e diritto comunitario: vecchie questioni e nuovi interrogativi*, in *Foro it.*, 1996, I, col. 785.
- BERNARDI A., *All'indomani di Lisbona: note sul principio di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 37.
- BIFULCO R., *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999.
- BONFANTE P., *Lezioni di filosofia del diritto*, a cura di G. Crifò, Milano, 1986.
- BUONOMO G., *Il diritto straniero e la Corte suprema statunitense*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 281.
- CALOGERO G., *Lezioni di filosofia*, I, *La logica*, Torino, 1960.
- CAPPUCCIO L., *Risarcimento del danno e posizione comune in tema di lotta al terrorismo tra Corte di giustizia e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 670.
- CARTABIA M., *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, V, col. 222.

- CASSESE S., *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 609.
- CASSESE S., *I tribunali di Babele*, Roma (Donzelli ed.), 2009.
- CERRI A., *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976.
- CERRI A., *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, 2005.
- CERRI A., *Uguaglianza (principio costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma 2006 (aggiornamento).
- CERRI A., *New and Ancient Implements of Legal Reasoning in the Framework of Globalization*, in AA. VV. (a cura di N. Lopez Calera), *Globalization, Law and Economy*, Proceedings of the 22<sup>nd</sup> IVR (*Internationale Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie / International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*) World Congress, Granada, 2005, (vol. IV, pp. 11-16), Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2007.
- CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008.
- CHIAVARIO M., *La compatibilità del bis in idem previsto dall'art. 11 comma primo c. p. con il « diritto internazionale generalmente riconosciuto »*, in *Giur. cost.*, 1967, p. 301.
- CHIAVARIO M., *Giudicato e processo « iniquo »: la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva)*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1522.
- CHITI M. P., *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 505.
- CINTIOLI F., *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge-provvedimento e « violazione di legge »*, in *Leggi in sostituzione di atto amministrativo*, Atti del XLVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2001, p. 103.
- COMOGLIO P., *« Terza via » e processo giusto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 755.
- CRIVELLI E., *La Corte di Strasburgo riconosce il diritto di successione nelle locazioni per coppie omosessuali*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 853.
- CUNIBERTI G., *Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement*, *ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) Rev.*, 2006, vol. 21, p. 381.
- DAL CANTO F., *Il Consiglio di Stato tra normativa comunitaria, controlimiti e giudicato costituzionale*, *Giur. it.*, 2007, p. 587.
- D'ALTERIO E. e MARI C., *L'ordine giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 775.
- DANIELE L., *La dichiarazione d'invalidità di un regolamento ai sensi dell'art. 177 del trattato CEE e il potere della Corte di limitarne gli effetti nel tempo*, in *Foro it.*, 1987, IV, col. 16.
- de CARIA R., *Il rinvio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli Stati di « conformarsi alle sentenze definitive della Corte » EDU nella prospettiva italiana*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2191.
- DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel*, Le Seuil, Paris, 2004.
- DI SERI C., *Un « tentativo » di applicazione dei « controlimiti »*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3408.
- DOLSO G., *Mandato di arresto europeo e giudizio di costituzionalità*, di prossima pubblicazione.
- ELIA L., *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in AA. VV. (a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.
- ESPOSITO C., *La validità delle leggi*, ristampa Milano 1964 (ed. originaria del 1934).
- FABIANI E., *Rilievo d'ufficio di questioni da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Foro it.*, 2006, I, col. 3174.
- FONTANELLI F. e MARTINICO G., *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del « dialogo nascosto » fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, p. 351.

- GAETA P., *I diritti fondamentali nelle dinamiche delle tre Corti: spunti di riflessione*, in *Giudice penale, giudice costituzionale e Corti sopranazionali*, Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 11-13 gennaio 2008.
- GHERA F., *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1193.
- GIUPPONI T., *Il « caso Ielo » in Europa*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 381.
- GNES M., *La scelta del diritto - Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, 2004.
- GORLA G., *Il ricorso alla legge di un « luogo vicino » nell'ambito del diritto comune europeo*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, 1981, p. 619.
- GRANDINETTI M. e MONZANI S., *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'ottica comunitaria: riflessioni in ordine alla tutela cautelare e alla restituzione dei tributi riscossi in violazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 927.
- GROPPI T., *La Corte cost. come giudice di rinvio ai sensi dell'art. 177 del trattato CE*, in AA. VV. (a cura di P. Ciarlo, G. Pitruzzella, R. Tarchi), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte cost.*, Torino, 1997, p. 171.
- GUILLAUME G., *The Future of International Judicial Institutions*, 1995, 44 *ICLQ*, p. 848.
- GUILLAUME G., *Advantages and Risks of Proliferation: A Blueprint for Action*, 2004, 2 *Journal of International Criminal Justice*, p. 300.
- HARE R. M., *The Language of Morals*, London University Press, 1952.
- HICKS J. R., *The Foundations of Welfare Economics*, in *Economic Journal*, 49, 1939, p. 696.
- HIGGINS R., *A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 791.
- HUEBER P. H., « *Unitarizzazione* » attraverso i diritti fondamentali comunitari o della esigenza di riesaminare la giurisprudenza Ert, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, p. 1.
- JELLINEK G., *Das System der subjectiven oeffentlichen Rechte*, Tuebingen, 1905 (trad. it., Milano, 1912).
- JEMOLO A. C., *L'errore legislativo e la legge ignorata*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1925, p. 1.
- KALDOR N., *Welfare propositions and interpersonal comparisons of utility*, in *Econ. Journal*, 49, 1939, p. 549.
- KELSEN H., *La garantie jurisdictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle)*, 1928, ora in *La giustizia costituzionale* (trad. it. a cura di G. Geraci), Milano, 1981.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it., ed. Comunità, 1963.
- KELSEN H., *Reine Rechtslehre, 1960 - La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1966.
- KELSEN H., *Derogation*, in AA. VV. (ed. by R. Newman, *Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York, Bobbs Merrill, 1962, p. 339.
- KELSEN H., *Recht und Logik* (1965), ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Mehl und Alfred Verdross*, Wien, Europa Verlag, II, p. 1469.
- LABAYLE J., *La Cour de justice des Communautés*, in *Revue trim. droit eur.*, 1982, p. 484.
- LIMBERTI L., *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari « positivi »*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 991.
- LOJODICE A., *Contributi allo studio della libertà d'informazione*, Napoli, 1969.
- LONGO E., *I diritti ai migliori trattamenti sanitari nella giurisprudenza di Lussemburgo*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 662.
- LUCIANI M., *Salute, I, Diritto alla salute - Dir. cost.*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991.

- MANES V., *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo « multilevel »*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 374.
- MARCHETTI B., *Giustizia comunitaria e giustizia globale: spunti per una comparazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, p. 1381.
- MARCHETTI B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 1471.
- MASSERA A., *L'amministrazione e i cittadini nel diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1993, 19.
- MAITTEI A., *Theory of Imperial Law: a Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 10, 2003.
- MAZZAMUTO M., *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 143.
- MAZZARESE T., *Logica deontica e linguaggio giuridico*, Padova, 1989.
- MENESTRINA F., *La pregiudiziale nel processo civile*, 1904, rist. Milano 1963.
- MENGONI L., MODUGNO F., RIMOLI F., *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003.
- MODUGNO F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in AA. VV. (a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.
- MODUGNO F., *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991.
- MODUGNO F., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008.
- MODUGNO F., *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009.
- MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009.
- MONTESANO L., *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, in *Foro it.*, 1952, IV.
- MORBIDELLI G., *Controlimiti o contro la pregiudiziale comunitaria?*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3404.
- MORBIDELLI G., *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 285.
- OSTI A., *Il rispetto della vita privata davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 422.
- PALERMO F.G., *Il Bundesverfassungsgericht e la teoria selettiva del controlimiti*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 181.
- PANZERA C., *Il bello di essere diversi. Corte cost. e Corti europee ad una svolta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 1.
- PECZENIK, A., *On law and reason*, Dordrecht/Boston/London, 1989.
- PINELLI C., *Judicial protection of human rights in Europe and the limits of a judge-made system*, in *Dir. Unione europea*, 1996, p. 987.
- PULVIRENTI M. G., *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, p. 341.
- PURIFICATI N., *L'insindacabilità dei parlamentari tra Roma e Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 309.
- REPETTO G., *L'insindacabilità parlamentare (di nuovo) a Strasburgo, tra modelli da ripensare e un dialogo da prendere sul serio*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1300.
- REPETTO G., *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, Napoli, 2011.
- RICCI E.F., *La sentenza della « terza via » e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 750.
- SCHILLACI A., *Un (discutibile) caso di applicazione dei "controlimiti"*, in *Giur. it.*, 2006, p. 2021.
- SCHILLACI A., *Tutela dei diritti e cooperazione tra ordinamenti in due recenti pronunce del giudice comunitario*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1255.
- SCHWARZE J., *Europäisches Verwaltungsrecht*, Baden-Baden, varie edizioni.

- SCIARABBA V., *Le « Spiegazioni » della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Dir pubbl. comparato ed europeo*, 2005, I, p. 68.
- SCIARABBA V., *La « riapertura » del giudicato in seguito a sentenza della Corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 51.
- SHANY Y., *The competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2003.
- SHANY Y., *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2005, p. 907.
- SHANY Y., *Regulations - Jurisdictional Interactions between national and International Courts*, Oxford Un. Press, 2007.
- SIMON H. A., *Il comportamento amministrativo*, trad. it., Bologna 2001.
- SLAUGHTER A. M., *A New World Order*, Princeton Un. Press., Princeton, 2004.
- SORRENTINO F., *È veramente inammissibile il « doppio rinvio »?*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 781.
- TAMMELO I. e TEBALDESCHI I., *Studi di logica giuridica*, Milano, 1976.
- TEGA D., *La revisione del processo penale, dopo una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo?*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 192.
- TEGA D., *La Cedu e l'ordinamento italiano. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. CARTABIA, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 89.
- von WRIGHT G. H., *Norm and Action. A Logical Enquiry*, New York, 1963.
- WALZER M., *Obligations*, Cambridge, 1970.
- ZAGREBELSKY V., *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, V, col. 353.





NOVA JURIS INTERPRETATIO  
IN HODIERNA GENTIUM COMMUNIONE

- I. Augusto Cerri (a cura di)  
*Costituzione, Interpretazione, garanzie e tecnica legislativa*  
ISBN 978-88-548-1175-1, formato 17 × 24 cm, 144 pagine, 9 euro
  
2. Augusto Cerri (a cura di)  
*Le conseguenze della guerra in Iraq. Riflessioni di giuristi*  
ISBN 978-88-548-1176-8, formato 17 × 24 cm, 76 pagine, 6 euro
  
3. Giovanni Luchena, Salvatore Prisco (a cura di)  
*Aiuti di Stato tra diritto e mercato*  
ISBN 978-88-548-1177-5, formato 17 × 24 cm, 168 pagine, 11 euro
  
4. Augusto Cerri (a cura di)  
*La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*  
ISBN 978-88-548-1294-9, formato 17 × 24 cm, 1084 pagine, 55 euro
  
5. Augusto Cerri (a cura di)  
*Costituzione, storia, valori*  
ISBN 978-88-548-2140-8, formato 17 × 24 cm, 200 pagine, 12 euro
  
6. Augusto Cerri (a cura di)  
*Garanzie, radici storiche e funzione della giustizia*  
ISBN 978-88-548-2687-8, formato 17 × 24 cm, 72 pagine, 7 euro
  
7. Augusto Cerri (a cura di)  
*Federalismo fiscale tra diritto ed economia*  
ISBN 978-88-548-2782-0, formato 17 × 24 cm, 432 pagine, 24 euro
  
8. Augusto Cerri, Peter Häberle, Ib Martin Jarvad, Paolo Ridola, Djan Schefold (a cura di)  
*Il diritto tra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angelo Antonio Cervati*  
ISBN 978-88-548-3262-6, formato 17 × 24 cm, (5 tomi) 2224 pagine, 100 euro

9. Paolo Stancati (a cura di)  
*Lo status libertatis del “cittadino di paese terzo” nell’Unione europea*  
ISBN 978-88-548-4445-2, formato 17 × 24 cm, 312 pagine, 18 euro
10. Augusto Cerri, Gianluigi Galeotti (a cura di)  
*Efficienza ed efficacia dell’azione pubblica*  
ISBN 978-88-548-4022-5, formato 17 × 24 cm, 372 pagine, 18 euro
11. Angelo Costanzo  
*Logica giudiziaria*  
ISBN 978-88-548-5416-1, formato 17 × 24 cm, 148 pagine, 10 euro
12. Renato Rolli (a cura di)  
*Lo scioglimento degli enti locali. Una introduzione*  
ISBN 978-88-548-6057-5, formato 17 × 24 cm, 160 pagine, 14 euro
13. Augusto Cerri, Maria Rosaria Donnarumma (a cura di)  
*Il costituzionalismo multilivello. Profili sostanziali e processuali*  
*Le constitutionnalisme à plusieurs niveaux. Aspects de fond et de procédure*  
ISBN 978-88-548-6174-9, formato 17 × 24 cm, 364 pagine, 26 euro

Compilato il 8 luglio 2013, ore 13:35  
con il sistema tipografico L<sup>A</sup>T<sub>E</sub>X 2<sub>ε</sub>

Finito di stampare nel mese di giugno del 2013  
dalla «ERMES. Servizi Editoriali Integrati S.r.l.»  
00040 Ariccia (RM) – via Quarto Negroni, 15  
per conto della «Aracne editrice S.r.l.» di Roma