

ANTONIO RUGGERI

**Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio\***

*Non so dire in verità se la situazione sarà migliore quando cambierà;  
posso dire che deve cambiare se si vuole che sia migliore*

Georg Christoph Lichtenberg

SOMMARIO: 1. Il piano dell'indagine: una notazione di carattere introduttivo ed alcune avvertenze di ordine generale. – 2. Lo squilibrio “*involontario*” del sistema giudiziario di tutela, conseguente alla riscrittura del Titolo V della Costituzione ed alla ricaduta avutasene nei giudizi in via incidentale (con specifico riguardo al calo vistoso di questi ultimi ed alla loro, parzialmente nuova conformazione, caratterizzata da sempre più insistiti richiami alle Carte ed alle Corti europee). – 3. Lo squilibrio “*volontario*”, risultante da un certo modo di essere della legislazione (e della normazione in genere) che scarica sulle spalle dei giudici responsabilità di cui esse non possono gravarsi, alimentando pratiche giudiziali alle volte distorsive, comunque inidonee a dare un'adeguata protezione ai diritti. Cenno ai rimedi prospettabili, con specifico riferimento alla formazione culturale del giudice ed alla salvaguardia della sua indipendenza, sia esterna che interna. – 4. Gli squilibri di fattura giurisprudenziale: in specie, l'interpretazione conforme e l'eterogenesi dei fini, ovverosia le storture da essa, sia pur involontariamente, sollecitate a formarsi nelle pratiche di giustizia comune. – 5. L'interpretazione conforme come *species* dell'interpretazione sistematica, la struttura aperta della Costituzione, l'integrazione paritaria tra le Carte nei fatti interpretativi. – 6. Il carattere eccessivamente rigido di taluni indirizzi giurisprudenziali e gli effetti negativi cui essi danno non di rado luogo (con specifico riguardo all'applicazione diretta della Costituzione). – 7. Il “tira e molla” e lo *stop and go* della Corte costituzionale sulle questioni di “convenzionalità”, con l'opportunità offerta ai giudici (e, però, anche a... *se stessa*) di “smarcarsi” dal *pressing* delle Corti europee (in specie della Corte EDU) grazie ad un uso incisivo della tecnica del *distinguishing*. – 8. Il giudice comune come Cenerentola, esclusa dalle danze delle Corti europee e della Corte costituzionale? Accentramento e diffusione, in pari e rilevante misura, del sistema di giustizia costituzionale, e gli esempi delle additive di principio e delle antinomie tra diritto dell'Unione e diritto interno, la cui soluzione vede il giudice stesso partecipe con centralità di ruolo delle operazioni di giustizia costituzionale. – 9. Gli squilibri delle pratiche giudiziali e il bisogno che gli interventi correttivi, al fine di poter risultare almeno in parte efficaci, siano a un tempo ambientati al piano delle *regole* ed a quello delle *regolarità*, all'insegna del principio della parità delle Corti e della integrazione tra le Carte ed in vista dell'ottimale appagamento dei diritti.

1. *Il piano dell'indagine: una notazione di carattere introduttivo ed alcune avvertenze di ordine generale*

Mai in passato si è discusso tanto come di questi tempi della tutela dei diritti fondamentali e del ruolo che, al fine di apprestarla in modo adeguato, possono giocare i giudici, quale che sia la loro natura (costituzionale e non) e il livello istituzionale al quale operano. Si conviene invero da parte di tutti circa la centralità del ruolo stesso, pur non tacendosene alcuni eccessi nello svolgimento. Non è tuttavia ad oggi del tutto chiaro quale sia il modo o la misura del concorso da ciascuna sede giudiziale dato alla causa comune; il che, poi, vale come dire come si spartiscono i compiti e quali sono dunque gli equilibri, pur se approssimativamente fissati e soggetti comunque a mutamenti, che si instaurano tra le sedi stesse.

---

\* Testo rielaborato di un intervento ad una tavola rotonda conclusiva del Corso di Alta Formazione in *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti*, Pisa 3 febbraio 2012, e di uno al Corso su *Accesso alla giustizia e pluralismo delle giurisdizioni*, Palermo 23 febbraio 2012; a quest'ultima data lo scritto è aggiornato. Le circostanze in cui gli interventi stessi sono stati svolti spiegano l'estremamente contenuto apparato di note e di riferimenti bibliografici.

Mi riprometto di svolgere una succinta riflessione su questo punto che è, di tutta evidenza, di cruciale rilievo, facendola precedere da una notazione di carattere introduttivo e da una duplice avvertenza di ordine generale.

La prima è che – come si tenterà di mostrare più avanti con esempi – il quadro complessivo appare essere internamente assai articolato e sfumato, fatto più che di tinte forti di chiaroscuri, alle volte una stessa esperienza, a seconda della prospettiva da cui è riguardata, prestandosi ad essere valutata in un modo piuttosto che in un altro ed ingenerando pertanto l'impressione che il più rilevante significato sia da assegnare all'attività svolta ora da questo ed ora quell'organo. Un'impressione – come si vedrà – il più delle volte fallace, l'esito ricostruttivo complessivo richiedendo di essere raggiunto ed apprezzato solo a seguito della congiunta osservazione di un'esperienza data da plurimi angoli visuali: una osservazione che – si tenterà qui di mostrare – induce piuttosto a ritenere non “graduabile” l'apporto dato dalle sedi giudiziarie, ciascuna essendo chiamata a concorrere, con tipicità di ruolo e parimenti tipica responsabilità, al raggiungimento dell'obiettivo comune.

La seconda riguarda, in primo luogo, il raggio d'azione dell'analisi ora avviata che è specificamente circoscritto al nostro ordinamento, per il modo con cui entra in rapporto con l'ordinamento comunitario (o, come a me piace chiamarlo, “eurounitario”) per un verso, la CEDU per un altro<sup>1</sup>. E, tuttavia, come si vedrà, alcune delle notazioni svolte possono valere altresì per ordinamenti diversi dal nostro, mentre altre ancora, prima (ed al fine) di esser trapiantate altrove, richiederebbero non poche precisazioni e corpose correzioni, di cui nondimeno è altra la sede.

La domanda che ci si deve subito porre è se la Corte costituzionale sia ancora la “giurisdizione costituzionale delle libertà”, per riprendere la nota qualifica datane da un'autorevole, non dimenticata dottrina<sup>2</sup>. E di seguito, per il caso che dovesse darsi una risposta affermativa, se lo sia allo stesso modo di un tempo ovvero in modi diversi (e quali essi siano). L'aggiunta dei “livelli” extranazionali, con l'accresciuta complessità del quadro ad essa conseguente, ha costituito (e seguita senza sosta a costituire) oggetto di divergenti valutazioni, perlopiù nondimeno rilevandosi l'erosione che se ne sarebbe avuta nel ruolo tipicamente svolto dai tribunali costituzionali, obbligati ora ad un'ardua competizione con le Corti europee e ad una pur parziale (ma significativa) spartizione del compito di garante dei diritti fondamentali un tempo ad essi in modo esclusivo devoluto. In realtà, come si tenterà di mostrare, le cose stanno così solo da un certo punto di vista, per un altro verso piuttosto apparendo ulteriormente rimarcato il ruolo dei tribunali suddetti. Ed a sottolinearne il rilievo è già la circostanza per cui è proprio alla giurisprudenza di tali tribunali (per ciò che a noi interessa, della nostra Corte) che si fa usualmente, giustamente, riferimento allo scopo di stabilire quale sia, o possa essere, *dal punto di vista del diritto interno*, l'assetto dei rapporti sia con le Corti europee che coi giudici comuni. Il riferimento a questi ultimi, d'altronde, seppur obbligato, a pena di far luogo a ricostruzioni parziali (quando non addirittura distorsive), appare assai disagevole e scivoloso, dal momento che, a motivo del carattere internamente “plurale” e diffuso del potere giudiziario, in seno a quest'ultimo si sono manifestati (e si manifestano) orientamenti non poco diversificati e persino reciprocamente divaricati, anche su questioni di cruciale rilievo (ad es., in merito all'applicazione diretta della CEDU), risultando pertanto assai problematico trarne conclusioni (se non proprio univoche) complessivamente convergenti.

---

<sup>1</sup> Per quanto ad alcune notazioni qui svolte possa – a me pare – assegnarsi generale valenza, si farà tuttavia specifico e pressoché esclusivo riferimento alla CEDU ed al suo rilievo in ambito interno, se non altro per la maggiore frequenza dei richiami ad essa fatti nella più recente giurisprudenza costituzionale. La qual cosa, peraltro, ha già una sua pronta, banale spiegazione nel fatto che la soluzione delle antinomie tra norme interne e diritto dell'Unione, al di fuori delle controversie Stato-Regioni rimesse al giudizio della Corte, è – come si sa – demandata perlopiù ai giudici comuni, con riguardo ai casi che il diritto stesso sia suscettibile di immediata applicazione, laddove le antinomie tra norme interne e CEDU richiedono, a giudizio della Corte costituzionale, di essere portate alla cognizione della Corte stessa (su tutto ciò, svolgimenti *infra*).

<sup>2</sup> Il riferimento è, ovviamente, a M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milano 1955.

Fatta l'opzione a favore del punto di vista della Corte costituzionale, avverto subito che non ne ripercorrerò qui gli svolgimenti giurisprudenziali, neppure nelle loro più salienti espressioni, a motivo della loro notorietà (per quanto esse siano, come si sa, fatte oggetto di controverse valutazioni) ed anche al fine di non ripetere cose già altrove dette<sup>3</sup>. Mi limiterò qui solo a rappresentare talune scarse e disorganiche notazioni sullo stato attuale delle cose, ulteriormente rimarcando ciò che ai miei occhi appare come indicativo di linee di tendenza promettenti ulteriori sviluppi ed avanzamenti.

L'ultima avvertenza riguarda l'estensione dell'indagine che, pur nei limiti di spazio qui consentiti, dovrebbe a un tempo svolgersi su due piani, quello della normazione e l'altro della giurisdizione, nelle plurime forme in cui l'una e l'altra si manifestano.

Di ciò che si ha al primo piano qui non può in modo adeguato dirsi, la sua descrizione da sola (e pur se fatta in modo di necessità incompiuto) richiedendo svolgimenti tali da andare ben oltre il pur vasto ambito di esperienza qui specificamente riguardato. Non posso tuttavia trattenermi dal fare almeno qualche cenno all'incidenza, corposa, esercitata dalla normazione, nelle sue molteplici espressioni, sui modi di essere della giurisdizione (anche qui, ai varî livelli in cui si esercita).

In un quadro – come si avvertiva – internamente sì composito e per molti versi sfuggente alla sua chiara rappresentazione, di una sola cosa mi sento nondimeno sicuro; ed è a riguardo di quello che ai miei occhi appare essere l'autentico principio fondamentale delle relazioni istituzionali, che è dato da una paritaria, densa cooperazione, sia interorganica che intersoggettiva, senza la quale non v'è né presente né futuro per i diritti fondamentali: una cooperazione che, poi, a sua volta è causa ed effetto allo stesso tempo dell'equilibrio interno al sistema, che si svolge e si fa apprezzare lungo un triplice asse, e segnatamente quello *a*) dei rapporti tra legislazione e giurisdizione; *b*) dei rapporti interni alla legislazione e, infine, *c*) dei rapporti interni alla giurisdizione.

Se (e fin dove) c'è equilibrio, ciascuna sede istituzionale ha modo di dare il meglio di sé in vista dell'ottimale, alle condizioni complessive di contesto, appagamento dei diritti; dove, di contro, c'è squilibrio, non soltanto ne soffre il sistema complessivo delle relazioni interistituzionali ma – per ciò che qui più importa – ne soffrono appunto i diritti, obbligati a riduzioni o deformazioni complessive di senso, nel loro modo d'inverarsi nell'esperienza.

Lo squilibrio, poi, può essere *involontario* ovvero *volontario*, nell'un caso essendo determinato da innovazioni normative pure in sé non disprezzabili o, comunque, suscettibili di essere variamente valutate, che tuttavia hanno avuto (ed hanno) una ricaduta significativa al piano della salvaguardia giudiziale dei diritti; nell'altro, ponendosi come conseguente a precise scelte di strategia legislativa ovvero processuale, le quali pure da un certo punto di vista potrebbero esser considerate in sé non malvagie e però hanno ugualmente portato (e seguitano a portare) ad effetti negativi in ordine alla salvaguardia dei diritti.

Di tutto ciò occorre ora dire, con la massima rapidità imposta a questa riflessione.

*2. Lo squilibrio “involontario” del sistema giudiziale di tutela, conseguente alla riscrittura del Titolo V della Costituzione ed alla ricaduta avutasene nei giudizi in via incidentale (con specifico riguardo al calo vistoso di questi ultimi ed alla loro, parzialmente nuova conformazione, caratterizzata da sempre più insistiti richiami alle Carte ed alle Corti europee)*

Tra le principali cause dello squilibrio che s'è definito “involontario” va senza dubbio annoverata la riscrittura del Titolo V, cui – come si sa – si deve una crescita inusuale, rispetto ai parametri del passato, delle controversie in via d'azione ed un calo altrettanto evidente dei giudizi in

---

<sup>3</sup> Si è, ancora non molto tempo addietro, fatto il punto sulle più espressive tendenze della nostra giurisprudenza costituzionale in fatto di rapporti tra diritto interno e CEDU nel mio *La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

via incidentale<sup>4</sup>, ai quali – secondo un avviso largamente diffuso e risalente – principalmente si affidano le speranze di salvaguardia dei diritti. All’indomani del varo della riforma in parola s’era pensato che l’aumento del contenzioso in via principale fosse un effetto in qualche modo naturale della stessa, dal momento che quest’ultima avrebbe sicuramente richiesto un certo tempo di rodaggio prima di passare a regime. I fatti, tuttavia, come pure è noto (ed era stato invero prefigurato dalla più avveduta dottrina), si sono ben presto incaricati di smentire questa rosea previsione, il contenzioso in parola seguitando a mantenersi a livelli considerevoli, al punto da potersi ormai qualificare come endemico lo stato delle cose qual è<sup>5</sup>.

Il quadro, ad ogni buon conto, come si avvertiva poc’anzi, si presenta internamente assai articolato e la sua descrizione, dunque, al fine di non risultare parziale o affrettata, richiederebbe non poche precisazioni ed avvertenze. Per quanto se ne può qui dire, due mi sembrano le cose meritevoli di essere tenute particolarmente presenti.

La prima è data dal fatto che al calo delle questioni giudicate in via d’eccezione ha fatto da *pendant* un sensibile aumento dei richiami alle Carte dei diritti, segnatamente alla Carta di Nizza-Strasburgo e (più ancora) alla CEDU e, per ciò stesso, alle giurisprudenze delle Corti europee, in seno alle (e per effetto delle) quali il *diritto vigente* si converte in *vivente*.

Il punto merita una speciale sottolineatura; e mostra come la struttura stessa dei giudizi in via d’eccezione vada rinnovandosi rispetto alla sua originaria conformazione, in essa specchiandosi l’idea che il riferimento alla Carta costituzionale, pur essendo ovviamente obbligato, non è da sé solo giudicato sufficiente al fine di offrire un’adeguata tutela ai diritti.

Su ciò potrebbero farsi lunghi discorsi, specificamente in ordine al modo con cui la Carta nazionale si combina con le Carte di origine esterna; mi riservo di riprendere il punto più avanti, a sostegno dell’ipotesi ricostruttiva che sento di dover qui nuovamente (e con ulteriori argomenti) patrocinare al piano dei rapporti interordinamentali. Resta, ad ogni buon conto, il fatto della maturazione di una sensibilità in capo ai giudici comuni ed alla stessa Corte (che, alle volte, fa *motu proprio* richiamo alle Carte suddette) ancora fino a pochi anni addietro di estremamente raro riscontro. E non è inopportuno qui rammentare come tutto ciò sia stato, senza dubbio alcuno, incoraggiato proprio dalla riforma del Titolo V che, pur esibendo non poche oscillazioni semantiche e complessive carenze, contiene – come si sa – un riferimento agli obblighi internazionali (e comunitari) sul quale ha fatto quindi leva la Corte costituzionale, per un verso sollecitando la sottoposizione delle leggi ad interpretazione orientata verso le norme di origine esterna e, per un altro verso, imponendo la denuncia alla stessa Corte della loro (supposta) invalidità, in caso d’insanabile contraddizione nei riguardi di tali norme.

Insomma, per l’aspetto ora in rilievo, la riforma del 2001 ha grosse responsabilità ma anche il grande merito di aver favorito un largo riconoscimento in ambito interno dei diritti delle Carte<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Nell’anno appena trascorso, secondo i dati riferiti nella *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2011*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), i giudizi in parola hanno rappresentato il 57,31 % del totale delle decisioni, mentre i giudizi in via principale hanno costituito il 26,61 % (nell’anno 2000 i giudizi in via incidentale ammontavano a ben il 79,56 %, mentre quelli in via d’azione costituivano il 5,91 %). Si è discusso sulle ragioni di questo stato di cose in occasione del Convegno su *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte Costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Roma 11 luglio 2011, i cui *Atti* sono in corso di stampa per i tipi della Jovene (v., ora, gli interventi di P.A. CAPOTOSTI, *La Corte costituzionale: giudice delle libertà o dei conflitti?*, e P. RIDOLA, *Intervento alla tavola rotonda*, entrambi in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 5/2012).

<sup>5</sup> Nella *Relazione*, sopra cit., si segnala tuttavia una considerevole contrazione del contenzioso in via principale rispetto al 2010, allorché le pronunzie emesse costituivano il 37,63 %; il livello oggi raggiunto non è, nondimeno, comparabile con quello di dieci anni addietro, come confermano i dati sopra riferiti.

<sup>6</sup> Si è fatto notare da una sensibile dottrina (E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Napoli 2010, 152) che, senza il sussidio venuto dalle Carte internazionali dei diritti (e dalle relative Corti), molti diritti non avrebbero avuto la protezione che, con le sue sole forze, sarebbe loro stata data dalla Costituzione.

La seconda cosa riguarda il rapporto, estremamente complesso, che viene ad instaurarsi tra il contenzioso in via principale e la tutela dei diritti.

La domanda, nuda e cruda, che ci si deve porre è se la seconda possa prendere forma anche per il tramite del primo; e la mia risposta è sì e no allo stesso tempo<sup>7</sup>.

È affermativa a motivo del fatto che si sono avuti non pochi casi in cui, pronunziandosi su conflitti di competenza Stato-Regioni, la Corte ha avuto modo di pronunziarsi anche sui diritti; è, però, negativa se si conviene a riguardo della circostanza per cui la tutela che pure può aversi in occasione dei ricorsi in parola non è, in ogni caso, accostabile a quella che può aversi in ragione delle peculiari esigenze del caso, in via incidentale appunto.

Come mi è venuto di dire in altre occasioni, cambia – se ci si pensa – lo stesso modo di essere delle “norme”, lo stesso termine in realtà designando due cose completamente diverse. Si è soliti dire, sulla scia di un aureo insegnamento dottrinale, che attraverso la mediazione necessaria dell’interpretazione si trapassa dalla disposizione alla norma. Ed è vero; con la seguente duplice avvertenza però.

Per un verso, come si è di recente fatto notare<sup>8</sup>, non è del tutto appropriato affermare che la disposizione *preesiste* alla norma, dal momento che la stessa individuazione dell’enunciato da sottoporre *poi* ad interpretazione appare *quodammodo* preorientata dalla norma che l’operatore va cercando o, quanto meno, da una intuizione o da un abbozzo di norma che prende forma solo per il tramite del fatto interpretativo e riceve quindi conferma a seguito della sua maturazione (la qual cosa, poi, dovrebbe sollecitare un ulteriore ripensamento, di cui è chiaramente altra la sede, circa il *mix* di elementi irrazionali e di elementi razionali che viene a determinarsi in occasione dei fatti interpretativi, un *mix* che poi, alla fin fine, porta alla indistinguibilità degli elementi stessi che in essi finiscono con lo smarrire le loro originarie proprietà).

Per un altro verso, possiamo seguire a chiamare in ogni caso “norma” il prodotto dell’interpretazione (con l’avvertenza appena fatta) ma non possiamo trascurare la profonda differenza che si ha tra un’interpretazione *in vitro* ed una *in vivo*: una fatta sul testo (pur se letto nel

---

È poi chiaro che le cose possono essere viste, così come lo sono state, anche in modo diverso, persino opposto, alcuni autori ritenendo che il primo comma dell’art. 117 sia stato un autentico “cavallo di Troia” grazie al quale è stata espugnata la cittadella statale e il sovrano che in essa incontrastato imperava degradato a servo.

<sup>7</sup> Il rapporto tra Regioni e diritti fondamentali si svolge sopra un terreno ad oggi bisognoso di essere come si conviene esplorato. È largamente diffusa la sensazione che, specie per effetto della inversione nel riparto delle materie operata dalla riforma del 2001, gli spazi aperti alle discipline regionali si siano fatti particolarmente estesi; ugualmente consistenti (e col tempo viepiù stringenti) sono però i limiti ad esse posti dalle leggi statali, anche in ottemperanza a precisi vincoli di origine sovranazionale, limiti che poi molte volte ricevono benevola copertura presso la Consulta, secondo quanto peraltro avvalorano gli esempi di seguito riportati nel testo.

Fanno, tuttavia, ad oggi difetto – se non con riguardo a specifici ambiti materiali ovvero a singole realtà regionali [ad es., per la Calabria, la corposa ricerca in due volumi su *Istituzioni e proposte di riforma (un “progetto” per la Calabria)*, a cura di A. Spadaro, Napoli 2010, ed *ivi*, part., nel I vol., gli studi di C. SALAZAR, *La produzione legislativa calabrese: considerazioni per il terzo millennio*, 91 ss., e R. ARENA-C. SALAZAR, *I “soggetti deboli” nella legislazione regionale calabrese*, 161 ss.; per la Sicilia, v., ora, S. AGOSTA, *Dalla leale collaborazione alla tutela dei diritti fondamentali (e ritorno): il cerchio che si chiude nell’esperienza regionale siciliana*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 31 gennaio 2012] – studi adeguati, volti a fare in modo organico il punto sulle realizzazioni concrete avutesi ad opera delle autonomie regionali (e locali in genere) a beneficio dei diritti. Pertinenti rilievi su queste esperienze in E. LONGO, *Regioni e diritti. La tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, Macerata 2007 e, ancora in C. SALAZAR, *Dieci anni dopo la riforma del Titolo V: il “ruolo” delle fonti regionali*, relaz. al Convegno su *Il regionalismo italiano dall’unità alla Costituzione e alla sua riforma*, organizzato dall’ISSiRFA, Roma 20-22 ottobre 2011, in *paper*; volendo, possono poi vedersi anche i miei *Regioni e diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 6/2011, 1461 ss. e *Unità-indivisibilità dell’ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) e in *Nuove aut.*, 1/2011, 25 ss.

<sup>8</sup> Un’opportuna precisazione sul punto è in R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di L. Carlassare, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, I, *Delle fonti del diritto*, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Napoli 2009, 35 ss., spec. 50 ss.; v., inoltre, volendo, il mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*<sup>5</sup>, Torino 2009, 8 s.

*contesto* in cui è destinato ad operare ed anche – è stato detto<sup>9</sup> – alla luce del *pre-testo*, specie se considerato in prospettiva storico-politica ed in riporto alla tavola dei valori fondanti (l'ordinamento), l'altra alla luce delle esigenze dell'applicazione, del caso appunto. La differenza non è, in breve, solo di *cornice* ma di *qualità* del fatto interpretativo, che richiede dunque di essere declinato al plurale, portando ad esiti ricostruttivi comunque diversi.

Se poi si approfondisce ulteriormente l'analisi – ciò che qui, come si diceva, non può per evidenti ragioni farsi –, si ha modo di toccare con mano come la tutela dei diritti che, sia pure per via riflessa, viene a realizzarsi a mezzo del contenzioso Stato-Regioni appaia esibire taluni tratti di squilibrio interno, non in tutto rimossi ed anzi, in talune esperienze della giustizia costituzionale, ulteriormente aggravatisi. E basti solo al riguardo por mente al fatto che in talune circostanze la Corte ha operato un “bilanciamento” tra competenze e diritti, a conti fatti dando la prevalenza ai secondi sulle prime; in altre, invece, si è irrigidita, non dando spazio ad alcuna alterazione dell'ordine costituzionale delle competenze, nemmeno laddove era in gioco quello che ai miei occhi seguita ad apparire il “diritto dei diritti”, un autentico diritto “supercostituzionale”, la dignità della persona umana<sup>10</sup>.

La prima evenienza ha portato nei fatti a far espandere gli interventi statali *extra moenia*, in nome appunto del bisogno di salvaguardare alcuni diritti fondamentali<sup>11</sup>; la seconda evenienza si è poi concretata in alcune esperienze di giustizia costituzionale che hanno visto postposti i diritti rispetto al mantenimento dei confini dei campi materiali di competenza, persino laddove l'intervento regionale giudicato illegittimo in realtà non incideva *in concreto* nella sfera di competenze dello Stato, trattandosi di un intervento anticipatore di quello dello Stato stesso, comunque ovviamente a titolo precario, e prestandosi dunque la disciplina regionale ad essere soppiantata da quella nazionale, una volta che quest'ultima fosse venuta alla luce<sup>12</sup>.

Al tirar delle somme, forse non è ingeneroso affermare che l'autonomia – che è, *in nuce*, salvaguardia dei bisogni elementari dei singoli e delle collettività stanziata sul territorio – si è rivolta contro se stessa: alle volte per responsabilità imputabili agli stessi organi direttivi della Regione, altre volte per effetto di un vigoroso condizionamento in tal senso da parte dell'apparato centrale dello Stato ed altre volte ancora in conseguenza dell'azione sinergica, perversa, dell'una e dell'altra causa<sup>13</sup>.

In merito allo *stress* causato ai diritti a motivo della esiguità delle risorse disponibili, dov'è a conti fatti la radice di queste (e di non poche altre) esperienze, molto è stato detto e molto ancora potrebbe dirsi. Certo però che è davvero singolare (tale, perlomeno, ai miei occhi appare) questa sorta di dottrina della dignità a... *scomparsa*, di cui sembra volersi fare portatrice la giurisprudenza costituzionale, una dignità dunque che ora c'è e può farsi avanti ed ora è invece obbligata a ritrarsi o, diciamo pure, a farsi da parte a fronte di interessi o valori evidentemente considerati prioritari<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.

<sup>10</sup> Riprende ora questa indicazione, per la prima volta enunciata in A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., anche C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Torino 2011, 239 ss.

<sup>11</sup> Penso, ad es., a Corte cost. n. 10 del 2010, con riguardo alla introduzione della *social card*.

<sup>12</sup> Penso, ora, ad es., a Corte cost. n. 373 del 2010.

<sup>13</sup> Emblematico a quest'ultimo riguardo il caso di recente deciso da Corte cost. n. 325 del 2011, il cui esito ha per *tabulas* dimostrato come, per effetto di decisioni avventate assunte ora dallo Stato ed ora dalla stessa Regione, alla fin fine, a pagarne le conseguenze sono stati i diritti e, in ultima istanza, appunto, la dignità delle persone umane [maggiori ragguagli sulla vicenda, nella mia nota alla pronunzia ora cit., dal titolo *Summum ius summa iniuria, ovverosia quando l'autonomia regionale non riesce a convertirsi in servizio per i diritti fondamentali (a margine di Corte cost. n. 325 del 2011)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)].

<sup>14</sup> In termini generali, poi, s'è fatta questione circa la possibilità di assoggettare la dignità a “bilanciamento”, da una sensibile dottrina categoricamente esclusa, rinvenendosi nella dignità stessa la “bilancia” sulla quale si dispongono i beni della vita bisognosi di ponderazione, mentre altra dottrina si è dichiarata dell'avviso per cui la stessa dignità



3. *Lo squilibrio “volontario”, risultante da un certo modo di essere della legislazione (e della normazione in genere) che scarica sulle spalle dei giudici responsabilità di cui esse non possono gravarsi, alimentando pratiche giudiziali alle volte distorsive, comunque inidonee a dare un’adeguata protezione ai diritti. Cenno ai rimedi prospettabili, con specifico riferimento alla formazione culturale del giudice ed alla salvaguardia della sua indipendenza, sia esterna che interna*

L’indirizzo giurisprudenziale, cui si è appena accennato, è stato (ed è) per vero incoraggiato da pratiche della normazione complessivamente carenti, la cui illustrazione peraltro porterebbe troppo oltre la soglia davanti alla quale questa riflessione è obbligata ad arrestarsi, richiedendo approfondimenti di analisi qui, di tutta evidenza, non consentiti.

Se la riforma del Titolo V può dirsi che abbia *involontariamente* inciso sulla salvaguardia dei diritti, pur presentando il pregio – come si è sopra fatto notare – di aver dischiuso le porte alla penetrazione in ambito interno di norme e pronunzie di origine esterna che per la loro parte concorrono a tale salvaguardia, con riguardo ad altre vicende della normazione è assai arduo confutare la tesi della volontaria, studiata a tavolino e coerentemente perseguita, incisione a carico dei diritti, con effetti di inusitata ampiezza e rilevanza nelle pratiche applicative in genere (e, segnatamente, giudiziali).

Qui, lo squilibrio ha molte facce e plurimi versi in cui si rende manifesto.

C’è, in primo luogo, un palese, imperdonabile ritardo della legislazione in fatto di riconoscimento e disciplina dei nuovi diritti ovvero nell’apprestare un diverso regime a diritti già regolati; e gli esempi potrebbero farsi in gran numero: per limitare ora il riferimento solo ad esperienze che – come si sa – hanno fatto molto discutere, si pensi al mancato varo della legge sul testamento biologico, reclamata a gran voce specie sull’onda emotiva di noti fatti che hanno scosso la pubblica opinione e quindi rimasta stagnante nella palude parlamentare una volta chiusi, in modo particolarmente triste e sofferto, i fatti stessi. O si pensi ancora alla legge sulla procreazione medicalmente assistita, che a dire di molti esibisce incoerenze interne non sanate e che sarebbe invece urgente sanare, anche sulla spinta di indicazioni provenienti *ab extra* (e, segnatamente, dalla Corte EDU)<sup>15</sup>.

V’è, poi, a mia opinione, uno squilibrio interno alla legislazione, ove si convenga a riguardo della opportunità che decisioni di cruciale rilievo, quali quelle relative a ciò che è morte e vita, non siano rimesse alla determinazione della sola maggioranza di turno (quale che ne sia, ovviamente, il colore) e richiedano piuttosto la convergenza su di esse dei più larghi e ponderati consensi. Di qui, piana – a me pare – discende la conclusione, a favore della quale mi sono ripetutamente dichiarato, secondo cui gli atti di normazione che adottano e in sé rinchiudono le decisioni in parola dovrebbero rivestirsi della forma più solenne di cui l’ordinamento dispone (dunque, quella propria delle leggi costituzionali), ferma restando poi l’ulteriore loro opportuna specificazione-attuazione da parte di leggi comuni (e, se del caso, di altri atti ancora)<sup>16</sup>. Uno sforzo di disciplina complessiva

---

potrebbe trovarsi a recedere in operazioni di bilanciamento secondo valore (nel primo senso, sopra tutti, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); nel secondo, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, cit., III, *Dei diritti e dell’eguaglianza*, 1060 ss. e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss. In tema, di recente, G. ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2011, 21 ss.).

<sup>15</sup> Richiamo qui solo il noto caso *S.H. ed altri c. Austria*, in materia di limiti all’accesso alla fecondazione eterologa (e, su di esso, da ultimo, la nota di B. LIBERALI, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l’Austria*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2012).

<sup>16</sup> Si è altresì pensato alla “invenzione” di un nuovo tipo di fonte, ad imitazione ad es. delle leggi “organiche” conosciute – come si sa – all’esperienza di altri ordinamenti, un tipo *quodammodo* intermedio tra la legge comune e

che, nondimeno, conviene che si traduca nel ritaglio di spazi consistenti per l'autodeterminazione degli operatori (in specie dei giudici), conformandosi pertanto come estremamente scarna ed essenziale la prima regolazione con fonte costituzionale (che dia il *riconoscimento* del diritto, in senso ristretto e proprio) e a sua volta parimenti contenuta la regolazione con legge comune (che, in svolgimento della prima, dia la *tutela* del diritto stesso, nei limiti in cui questa possa essere appunto data da atti di normazione)<sup>17</sup>, rimandandosi infine ad operazioni di bilanciamento in concreto, varie in ragione della varietà dei casi, il perfezionamento, la messa a punto, della tutela stessa per mano dei giudici.

Questo, per grandi linee, il modello, per come ai miei occhi appare. Poi, può anche darsi che esso venga nei fatti a subire torsioni a questo o quel livello di esperienza e per effetto di attività non adeguatamente vigilate svolte presso questa o quella sede istituzionale. Così, ad es., la garanzia forte, insita nell'uso dello strumento costituzionale, potrebbe risultare pregiudicata dalla circostanza per cui lo strumento stesso si presta ad essere piegato ad innaturali applicazioni da parte della sola maggioranza di turno<sup>18</sup>. E così, ancora, per il caso che, ora per effetto di una estensione comunque incongrua (eccessivamente contenuta ovvero troppa) della normazione ed ora comunque a motivo di carenze complessive esibite dagli organi della giurisdizione, possano aversi bilanciamenti... *sbilanciati* in sede applicativa, come tali gravemente pregiudizievoli per i diritti.

Il bisogno di un accurato, giusto dosaggio dei materiali normativi, specie nei campi oggi attraversati dalla maggiori tensioni, incertezze, contraddizioni (e penso adesso soprattutto a quelli più direttamente riguardati dallo sviluppo scientifico e tecnologico), pur laddove complessivamente appagato, non è, ad ogni buon conto, sufficiente a garantire prestazioni adeguate ai diritti, riuscendosi dunque a contenere quella innaturale "supplenza" dei giudici nei riguardi del legislatore che è ampiamente e da tempo (e sia pure con varietà di accenti) rilevata. Una "supplenza" – è stato detto dalla Corte costituzionale, con riferimento a se stessa (ma con notazione che, nei termini generali in cui è fatta, avrebbe potuto e potrebbe valere anche per i giudici comuni) – "non richiesta e non gradita", che però, prima (e più ancora) che esser conseguente ad un certo modo complessivo di essere, nei suoi contenuti contingenti, della legislazione, sembra aver la sua radice nei meccanismi che presiedono alla produzione legislativa, gravemente carenti, inesorabilmente invecchiati e perciò bisognosi di essere urgentemente e profondamente rifatti. E basti solo por mente – per restare sempre ai campi maggiormente toccati dallo sviluppo scientifico e tecnologico – al fatto che i procedimenti di normazione in genere (e quello legislativo in specie) non garantiscono, per come sono, né la partecipazione dei destinatari delle norme stesse né l'ascolto di tecnici e scienziati: una partecipazione ed un ascolto che – è superfluo qui esplicitare – nulla tolgono alla finale ed esclusiva determinazione delle sedi istituzionali preposte alla normazione (e, perciò, in buona sostanza, dei politici che vi danno corpo) ma che ugualmente richiederebbero di essere garantiti nel loro svolgimento.

Qui, il discorso ci porterebbe davvero troppo oltre, investendo specifiche questioni, ad oggi ben lungi dal trovare una sia pur relativa quiete teorico-ricostruttiva (ad es., quella della motivazione delle leggi, specificamente nel caso che il loro contenuto dovesse discostarsi dalle più

---

quella costituzionale. È una ipotesi che io stesso ho patrocinato in tempi ormai andati; e, tuttavia, sento qui di dover rinnovare la mia preferenza a favore della tesi enunciata nel testo che, nel modo più limpido, dà modo ai nuovi diritti rivestiti di forma costituzionale di partecipare ad armi pari ad operazioni di bilanciamento secondo valore coi diritti originari.

<sup>17</sup> Assegno qui pure, così come ho fatto altrove, ai termini "riconoscimento" e "tutela", per il modo con cui possono trovare espressione al piano della normazione, il significato, all'uno, della disciplina che per la prima volta porta all'"invenzione" di un nuovo diritto e, alla seconda, della regolazione posta in essere al fine di dare l'opportuno svolgimento alla prima.

<sup>18</sup> ... secondo quanto – come si sa – è già avvenuto, anche in occasione di riforme o "maxiriforme" poste in essere ovvero tentate, quale quella che ha portato alla riscrittura del Titolo V o l'altra, per fortuna andata a vuoto (per effetto del referendum del giugno 2006), con la quale si sarebbe voluta riscrivere l'intera seconda parte della Carta, soggetta ad innovazioni assai discutibili nella sostanza ed ancora più discutibili nella forma, per l'uso alquanto disinvolto del linguaggio adoperato.



solide ed accreditate risultanze della scienza<sup>19</sup>). Nel fare dunque rimando ai luoghi di riflessione scientifica in cui tali questioni hanno costituito oggetto di opportuna trattazione, e dovendo ora concludere sul punto, mi pare tuttavia ampiamente confermato che la “qualità” delle leggi (e degli atti di normazione in genere), nella più ampia accezione del termine<sup>20</sup>, abbia immediate, ancorché non sempre immediatamente visibili, ricadute sulle pratiche giudiziali concernenti i diritti, una buona qualità potendo, tra l’altro, contenere almeno in parte quei casi di interpretazione eccessivamente libera e, a conti fatti, manipolativa della sostanza degli atti suddetti, di cui si dirà ancora meglio a momenti.

Due soli punti vorrei adesso sfiorare prima di passare oltre, con riserva di ulteriore approfondimento per taluni aspetti più avanti.

Il primo riguarda il bisogno vitale di dedicare ancora maggiori energie di quelle pure lodevolmente profuse alla formazione culturale dei giudici e degli operatori giuridici in genere, già a partire dalle aule universitarie e quindi al momento del concorso e ancora dopo, accompagnando e sorreggendo costantemente l’attività dei giudici stessi con un aggiornamento ed un arricchimento ininterrotto del patrimonio delle loro conoscenze, specificamente orientandone la cura verso quegli ambiti e livelli di esperienza in cui in particolare misura si pone un problema di salvaguardia dei diritti<sup>21</sup>.

Il secondo poi attiene al bisogno, parimenti vitale, di preservare in modo pieno, assoluto, l’indipendenza sia esterna che interna del giudice, venutasi con gli anni a trovare – come si sa – in uno stato di palese sofferenza. In una situazione di conflitto praticamente endemico tra politica e magistratura, di cui ancora di recente si sono avute testimonianze di non secondario rilievo<sup>22</sup>, è davvero singolare che, al fine di combattere il fenomeno della “magistratura politicizzata”, la ricetta pensata sia stata quella – com’è stato efficacemente detto<sup>23</sup> – della... “*politicizzazione della magistratura*”.

Ora, questo scenario non andrebbe perso di vista nel momento in cui ci si interroga circa il modo complessivo di essere della tutela dei diritti, fin dove cioè quest’ultima riesca ad essere efficace o, comunque, complessivamente non disprezzabile e dove invece denunzi gravi, perduranti

---

<sup>19</sup> Su di che, di recente e per tutti, M. PICCHI, *L’obbligo di motivazione delle leggi*, Milano 2011.

<sup>20</sup> Riferimenti ai vari modi d’intenderla, ora, negli scritti di A. MORELLI, *I controlli sulla qualità degli atti normativi del Governo*, in AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. Cartabia-E. Lamarque-P. Tanzarella, Torino 2011, 397 ss., e *Le norme regionali sulla qualità della regolazione: problemi e prospettive*, comunicaz. al Convegno su *Il regionalismo italiano dall’unità alla Costituzione e alla sua riforma*, organizzato dall’ISSiRFA, Roma 20-22 ottobre 2011, in *paper*; inoltre, i contributi che sono nel fasc. monografico 1/2011 di *Ist. fed.*, dedicato a *La qualità della legislazione regionale*, e gli altri che sono in *La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento. Strumenti e tecniche nella XVI legislatura*, a cura di P. Costanzo, Quad. della *Rass. parl.*, Napoli 2011.

Per la mia parte, confesso di seguitare a riconoscermi in una indicazione presente già nel mio primo scritto monografico in tema di fonti (*Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano 1977, spec. 240 ss.) e quindi in altri luoghi ripresa e precisata, secondo cui la “qualità” non è solo la risultante dell’uso appropriato, vigilato, delle tecniche di redazione degli atti normativi ma è, ancora prima e di più, fermo e costante orientamento delle loro norme verso la tavola dei valori costituzionali; e, dunque, c’è ovvero non c’è (e c’è in questa o quella misura) se e fin dove le norme stesse offrano il loro concorso all’inveramento della Costituzione come “sistema” (ma v., su ciò, gli ulteriori svolgimenti che sono più avanti).

<sup>21</sup> Mi chiedo, ad es., cosa si aspetti ad introdurre la prova scritta di diritto internazionale e “comunitario” nel concorso in magistratura, ma anche in quelli di avvocato, notaio, dirigente amministrativo, ecc.

Sulla formazione del giudice, ormai da diversi anni a questa parte il C.S.M. profonde notevoli energie, anche in sede decentrata, dalle quali – posso dire per esperienza diretta – si hanno frutti succosi, specie per il tramite del confronto tra studiosi ed operatori, fonte di arricchimento – a me pare – per entrambi.

<sup>22</sup> Penso, ad es., alla convergenza trasversale, ancora da ultimo registratasi, in occasione dell’approvazione della legge sulla responsabilità civile del giudice, per non dire ovviamente della riforma della giustizia messa in cantiere al tempo del IV Governo Berlusconi, sulla quale sono piovute critiche giustamente severe praticamente da ogni parte (per tutti, i contributi che sono in *Foro it.*, 10/2011, sotto il titolo *Il progetto di riforma del titolo IV, parte II, della Costituzione nel d.d.l. costituzionale 7 aprile 2011*, 241 ss.).

<sup>23</sup> ... da G. AZZARITI, *Garanzie della giurisdizione e politicizzazione della magistratura*, nel contributo all’op. coll. da ultimo cit., 244 ss.

carenze. Troppo ristretta è infatti la cornice entro la quale assai di frequente si svolgono alcuni pur sensati discorsi riguardanti i diritti, dal momento che, prima ancora di chiedersi se l'equilibrio nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale, Corti europee risulti essere, almeno in una certa misura, preservato, occorre dare un respiro più profondo all'analisi, spingendola fino alle radici delle relazioni tra i giudici nel loro insieme e i decisori politici (o politico-istituzionali). Si rischierebbe altrimenti di restare sorpresi davanti all'aggravarsi del male, una volta che di quest'ultimo dovessero aggredirsi unicamente i terminali, gli effetti, senza rimuoverne le cause.

#### 4. *Gli squilibri di fattura giurisprudenziale: in specie, l'interpretazione conforme e l'eterogenesi dei fini, ovvero sia le storture da essa, sia pur involontariamente, sollecitate a formarsi nelle pratiche di giustizia comune*

Sull'autoriforma della politica, nondimeno, non mi faccio molte illusioni; in ogni caso, non è di qui dirne con la dovuta estensione. Resto perciò al tema che mi è stato assegnato e rifletto specificamente su talune tra le più salienti esperienze di frequente riscontro nelle pratiche giudiziali, anche al fine di tentare di stabilire se e quali effetti distorsivi possano aversene e cosa possa dunque farsi nell'intento di contenerli, se non pure di eliminarli del tutto.

Ora, a mia opinione, molto potrebbe farsi, praticamente ad ogni piano o livello istituzionale al quale le pratiche suddette prendono corpo, con l'obiettivo di porre riparo ad alcuni squilibri in atto.

Limite qui il riferimento alla sola giustizia costituzionale, in ispecie a due sole esperienze ormai consolidate, riguardanti i rapporti, a un tempo, coi giudici comuni e con le Corti europee, cui qui si presta specifica attenzione<sup>24</sup>.

Le esperienze cui ora volgo rapidamente lo sguardo sono poi state selezionate tra le più indicative di quanto si diceva all'inizio di questa riflessione circa il fatto che strumenti o meccanismi pure in sé non disprezzabili, accanto ad indubbi vantaggi, possono però dar luogo ad inconvenienti forse ancora maggiori dei primi. Ed allora si tratta di stabilire se convenga tirare diritto lungo la strada intrapresa o se non giovi piuttosto incamminarsi lungo altri percorsi, apportando almeno alcuni, non secondari, aggiustamenti ai meccanismi in parola.

Tra le cause che, in maggior misura, hanno concorso a quel calo dei giudizi in via incidentale, di cui si diceva poc'anzi, è senz'altro da annoverare l'interpretazione conforme.

Non v'è dubbio che la tecnica interpretativa in parola costituisca una risorsa, che però può non di rado commutarsi anche in un *boomerang* e, comunque, dar vita ad effetti perversi<sup>25</sup>, secondo quanto avvalorava anche una superficiale osservazione di talune vicende specificamente riguardanti proprio il tema che ci occupa.

---

<sup>24</sup> Molte altre, però, meriterebbero considerazione. Ne rammento qui una soltanto per tutte: basterebbe forse un maggiore coraggio ed attivismo da parte della Corte nell'utilizzo dello strumento dell'autoproposizione delle questioni di costituzionalità per vedere almeno in parte ristrette le zone "franche" o – come pure sono state chiamate (*Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. Balduzzi e P. Costanzo, Torino 2007, e *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, a cura di R. Pinardi, Torino 2007) – le zone "d'ombra" della giustizia costituzionale, ad es. per ciò che riguarda il sindacato sulle leggi elettorali, facendo leva sul giudizio di ammissibilità delle domande referendarie; una evenienza però, come si sa, ancora di recente esclusa da Corte cost. n. 13 del 2012.

<sup>25</sup> Una disincantata riconsiderazione delle esperienze d'interpretazione conforme è negli studi di G. SORRENTI, che ne ha trattato approfonditamente a più riprese: organicamente in *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006, ma v. anche le ulteriori precisazioni che sono in *La Costituzione "sottintesa"*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milano 2010, 3 ss. V., inoltre, M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 8 gennaio 2011; G. PISTORIO, *I "limiti" all'interpretazione conforme: cenni su un problema aperto*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2011; F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli 2011, spec. i capp. V e VI e, da ultimo, A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 24 gennaio 2012.

Si pensi, ad es., alla giurisprudenza sulla CEDU, qual è venuta maturando a seguito (e sulle basi) delle indicazioni date dalle famose sentenze “gemelle” del 2007. Ai giudici comuni è stata – come si sa – somministrata dalla Corte costituzionale la direttiva di esperire – fin dove possibile – il tentativo di riconciliare in via interpretativa legge e Convenzione, orientando fermamente la prima verso la seconda. Non riuscendovi, è poi fatto loro obbligo di astenersi dal fare applicazione diretta della Convenzione stessa e di rimettersi perciò alla Corte, sollevando questione di costituzionalità sulla legge ovvero, ove sia sospettata l’incompatibilità della norma convenzionale rispetto alla Costituzione, sulla norma medesima.

Non torno qui nuovamente a discutere, dopo averlo fatto ripetutamente altrove, della linearità del ragionamento che sta a base e sorregge l’impianto ricostruttivo eretto dalla Consulta. Sta di fatto che quest’ultimo alle volte è stato (ed è) espressamente contestato alla luce del sole da alcuni giudici “ribelli” (una eventualità, questa, per vero, non frequente ma neppure così sporadica come viene talora, inesattamente, rappresentata); altre volte – e questo è il caso cui si fa ora riferimento – invece lo è per via sotterranea o, se posso esprimermi con franchezza, in modo surrettizio.

Così, volendo preservare il rispetto della CEDU nel modo (a suo dire...) migliore, vale a dire attraverso la caducazione con effetti generali delle norme legislative che vi contrastino, la Corte ha conseguito, per una singolare eterogenesi dei fini, il risultato di una duplice deviazione dal solco dalla stessa tracciato.

Per un verso, si danno casi, temo assai frequenti, di forzatura interpretativa, vale a dire di manipolazione, ora più ed ora meno corposa e nondimeno significativa, della sostanza normativa del testo di legge (e qualche volta della stessa Convenzione...), allo scopo di prevenire – costi quel che costi – l’antinomia, più che risolverla nel modo più lineare possibile e, perciò, nel rispetto dei canoni che presiedono ad un retto svolgimento dell’attività interpretativa. In tal modo, a conti fatti, è come se si mettesse da canto la legge, facendosi allo stesso tempo luogo all’applicazione diretta, ancorché abilmente mascherata, della norma convenzionale<sup>26</sup>.

Per un altro verso, si evita il rischio che possa essere caducata la norma interna ovvero quella convenzionale, per il caso che, anche indipendentemente da una sollecitazione in tal senso ricevuta dall’autorità remittente, la Corte possa *motu proprio* rilevare l’inidoneità della CEDU ad integrare il parametro costituzionale.

Su ciò si richiede un momento di riflessione, entrambe le evenienze da ultimo prospettate presentando – se ci si pensa – risvolti sia positivi che negativi.

Da un canto, verrebbe da dire che nulla garantisce meglio la Convenzione dello sradicamento con efficacia generale di una legge “anticonvenzionale”. Come è stato però, ancora di recente, fatto notare da una sensibile dottrina<sup>27</sup>, alle volte è proprio l’inverso, l’annullamento dell’atto interno spingendosi persino oltre le indicazioni al riguardo date a Strasburgo<sup>28</sup> ed apparendo, a motivo del suo carattere radicale, comunque eccessivo al confronto con la mera “non applicazione” dell’atto stesso nella singola sede in cui si somministra la giustizia comune.

Da un altro canto, non si è ancora ben capito cosa potrebbe accadere nell’ipotesi, pure dalla Corte giudicata remota (o remotissima), in cui sia acclarata l’incompatibilità della norma convenzionale rispetto a quella costituzionale<sup>29</sup>. Se ne avrà la caducazione nelle forme usuali, vale a

---

<sup>26</sup> L’ipotesi è ragionata nel mio *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un “modello” internamente composito)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), da cui possono aversi maggiori ragguagli.

<sup>27</sup> R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. Foglia e R. Cosio, in corso di stampa per i tipi della Giuffrè di Milano.

<sup>28</sup> Emblematiche, di recente, le pronunzie sui casi *Maggio* e *Arras* (quest’ultima di pochi giorni addietro: Seconda Sez., 14 febbraio 2012, in causa 17972/07), con le quali si è rilevata, sì, la violazione dell’art. 6 della Convenzione ma non dell’art. 14 e del prot. 1.

<sup>29</sup> Si vedrà nondimeno a momenti come la Corte stia battendo altre strade al fine di non doversi trovare nella imbarazzante situazione di dover accertare l’irreparabile contrasto tra Costituzione e CEDU, facendo un uso sapiente (ma anche alle volte non poco forzato) della tecnica del *distinguishing*, nonché restringendo l’obbligo della osservanza della CEDU stessa alla sola “sostanza” delle sue interpretazioni da parte della Corte di Strasburgo. Pur tuttavia, la

dire a mezzo dell'annullamento della legge di esecuzione della Convenzione “*nella parte in cui...*”, così come la stessa Corte ha dichiarato fino alla sent. n. 311 del 2009? Oppure si avrà – ed è questa la tesi da me patrocinata<sup>30</sup> e che sento qui di dover nuovamente riproporre – l'accertamento della mera inidoneità della norma di origine esterna ad “integrare” il parametro, e perciò la sua “irrilevanza” in rapporto al caso? Trovo opportuna la reticenza manifestata sul punto dalla più recente giurisprudenza, che nondimeno non scioglie in modo chiaro e lineare il dilemma<sup>31</sup>. L'idea, ad ogni buon conto, che possa, sia pure in una evenienza giudicata alquanto improbabile, cadere, a un tempo, la *norma* giudicata incostituzionale e la *disposizione* che quella norma esprime, unitamente però in via di principio ad una infinità di altre, mi è sempre parsa inaccettabile, francamente insensata; eppure, si sa che ormai le cose vanno così, *sempre* (tanto dunque nel caso che si abbia la dichiarazione della incostituzionalità di una norma interna, quanto che possa aversi di norma di origine esterna). Riusciamo ad immaginare la caducazione definitiva ed irreversibile, per fare solo i primi esempi che vengono in mente, dell'art. 8 o dell'art. 14 della Convenzione, *in ogni loro possibile significato*, sol perché per avventura incostituzionali in uno soltanto? La risposta credo che sia già nella domanda.

Si può nondimeno prospettare una soluzione diversa, in una “logica” non conflittuale, grazie alla quale potrebbe esser risparmiato alla Corte l'imbarazzo di dover dichiarare l'incompatibilità di norma convenzionale rispetto alla Costituzione, giovandosi peraltro di una indicazione, sia pure in altro contesto teorico-ricostruttivo ed a finalità parimenti diverse, data dalla Corte stessa (spec. in sent. n. 317 del 2009); ed è di convertire l'antinomia in una mera “scala” di tutele diverse per “intensità”<sup>32</sup>: una scala che, ovviamente, a seconda dei casi, potrebbe giocare a beneficio ora di questa ed ora di quella norma, risolvendosi pertanto nell'applicazione di quella maggiormente

---

Consulta si tiene le mani libere e non scarta perciò in partenza l'ipotesi di poter un giorno dichiarare la esistenza del contrasto suddetto.

<sup>30</sup> ... a partire da *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. Dal Canto e E. Rossi, Torino 2011, 149 ss., spec. 168 ss.

<sup>31</sup> Faccio di sfuggita osservare che la soluzione della “irrilevanza” equivale ad una “non applicazione” della norma convenzionale, che invero, una volta ammessa, parrebbe spianare la via alla messa in atto della soluzione stessa anche da parte dei giudici. Si potrebbe nondimeno obiettare che, mentre nulla osta all'applicazione diretta della Convenzione, perlomeno in taluni casi (sui quali, più avanti), la disapplicazione richieda comunque il previo, obbligato passaggio dalla Consulta, quanto meno appunto laddove consegua ad un acclarato contrasto tra Costituzione e CEDU.

Come si vedrà a momenti, la “non applicazione” della norma di origine esterna non rinviene necessariamente nel contrasto suddetto la sua ragion d'essere; e, dunque, sembra non richiedere sempre il necessario passaggio dalla Consulta.

<sup>32</sup> L'ipotesi è prospettata nei miei *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2011, § 3.2, e *La Corte costituzionale “equilibrata”*, cit., § 5.

Come poi stabilire dove si situi la maggiore tutela è questione dalla Corte non chiarita. Non ho dubbi, tuttavia, a riguardo del fatto che solo nei singoli casi (e, come di consueto, alla luce del parametro “supercostituzionale” della dignità della persona umana) si possa ricercare la più persuasiva ed equilibrata risposta. Su tutto ciò, nondimeno, nella ormai nutrita lett., indicazioni di vario segno in AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee*, cit.; D. BUTTURINI, *La partecipazione paritaria della Costituzione e della norma sovranazionale all'elaborazione del contenuto indefettibile del diritto fondamentale. Osservazioni a margine di Corte cost. n. 317 del 2009*, in *Giur. cost.*, 2/2010, 1816 ss.; C. PANZERA, *Un passo alla volta. A proposito della più recente giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, cit., 299 ss., spec. 303 ss., e, pure *ivi*, A. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il “dialogo” tra le Corti*, 313 ss.; N. PARISI, *Riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali, confiance mutuelle e armonizzazione delle garanzie procedurali negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Scritti in onore di U. Draetta*, a cura di N. Parisi-M. Fumagalli Meraviglia-A. Santini-D. Rinoldi, Napoli 2011, 503 ss., spec. 515 ss.; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma 2011; M. IMMEDIATO, *Il futuro dei diritti fondamentali nel sistema “Cedu-Carta”*, in *Dir. com. sc. int.*, 3/2011, 447 ss.; AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti e A. Morrone, Torino 2011.

adeguata al singolo caso e nella “non applicazione” della norma meno vantaggiosa per i diritti<sup>33</sup>. Solo che, dalla prospettiva ora adottata, è da chiedersi se un riscontro siffatto non possa aversi direttamente ed esclusivamente ad opera del giudice comune, ove si convenga che l’obbligo di adire la Corte presuppone appunto l’antinomia, non già la compatibilità di norme che pure si dispongano ad “altezze” diverse in vista dell’appagamento – il massimo possibile alle condizioni di contesto – dei diritti.

Le notazioni appena svolte mi sembra che portino naturalmente a dire che occorre far luogo ad un profondo ripensamento, *ab ovo*, non soltanto della tecnica dell’interpretazione conforme ma, in genere, della teoria dell’interpretazione, nelle sue specifiche applicazioni alle esperienze della giustizia costituzionale. Fino a che punto, dunque, la “conformità” (a Costituzione, a diritto internazionale, a diritto dell’Unione europea) può far pressione sulla lettera o sulla stessa *ratio* dell’enunciato normativo? E come stabilire dove si situa la linea, sottilissima come la lama d’un rasoio, che separa l’“interpretazione” dalla “non interpretazione”? E, infine, al piano del metodo (o, se si preferisce, delle relazioni di ordine istituzionale), chi deve farsi carico delle risposte da dare a questi inquietanti quesiti, *direttamente ed esclusivamente* il giudice comune ovvero *anche* (o *solo*) la Corte costituzionale?

Non ho molte certezze sul punto: mi sento, tuttavia, abbastanza sicuro per ciò che attiene proprio all’ultima questione, che forse le precedenti in sé riassume e comprende; ed è che unicamente il “diritto vivente” può, in ultima istanza, dare risposta, nel senso che è solo a mezzo di *consuetudini culturali* che si vengano a stabilire al piano delle relazioni tra giudici e Corte che può ricercarsi il pur problematico, sofferto, equilibrio nel riparto dei compiti. Insomma, occorre rifuggire – come sempre – da eccessi in un senso o nell’altro. Un giudice che non si rivolga *mai* alla Corte per investirla di eventuali antinomie tra Convenzione e legge sbaglierebbe al pari del suo collega che preferisca pilatescamente lavarsi le mani, rimettendo *ogni caso* alla Corte stessa, anche quelli che potrebbero senza forzature essere ripianati in via interpretativa, magari proprio ricorrendo a quello schema delle tutele “scalari”, di cui un momento fa si diceva. Una rimessione che, pur laddove sia poi riconosciuta come “sbagliata”, dà pur sempre modo alla Corte di far opera di nomofilachia, somministrando ai giudici una direttiva d’azione specie in taluni casi particolarmente utile, comunque dotata di una innegabile forza persuasiva (se non pure autenticamente prescrittiva)<sup>34</sup>.

##### 5. *L’interpretazione conforme come species dell’interpretazione sistematica, la struttura aperta della Costituzione, l’integrazione paritaria tra le Carte nei fatti interpretativi*

Il nodo della questione sta, nondimeno, attorno all’idea di “conformità”, un’idea che rimanda alle radici stesse della teoria costituzionale, al modo insomma con cui s’intende e si mette in pratica la Costituzione, il suo primato su ogni altra fonte.

Senza che se ne possa ora dire con la dovuta estensione, due punti mi preme qui specificamente toccare.

---

<sup>33</sup> Deve tuttavia far riflettere la circostanza, sulla quale mi riprometto di tornare in altra occasione, per cui la Corte non ha fin qui preso in considerazione questa ipotesi, suscettibile comunque di ingenerare incomprensioni o attriti con la Corte EDU.

<sup>34</sup> Proverebbe troppo e sarebbe comunque smentita da una prassi ormai ricorrente l’obiezione secondo cui non spetta alla Corte costituzionale bensì alla Cassazione far opera di nomofilachia; e basterebbe in avverso richiamare anche solo l’esperienza delle pronunzie interpretative, frutto di una convenzione siglata coi giudici comuni, quindi convertitasi in una vera e propria consuetudine, per effetto della sostanziale acquiescenza verso di essa dimostrata dagli operatori.

Il primo riguarda il senso stesso dell'“interpretazione conforme” che ai miei occhi appare non essere altro che la stessa *interpretazione sistematica*, in talune delle sue più espressive e qualificanti manifestazioni<sup>35</sup>.

Il secondo riguarda il modo con cui la Costituzione fa “sistema” con le fonti restanti e, prima ancora, con... *se stessa*, il modo cioè con cui i suoi enunciati si riportano gli uni agli altri, componendo un insieme unitariamente significante. Sta proprio qui, infatti, la radice del primato della Costituzione, una volta però rivisto da una prospettiva inusuale, comunque diversa da quella adottata dalla Corte costituzionale e dai suoi benevoli *laudatores*.

Ora, la struttura della Costituzione a me pare essere “aperta”, in essa trovando accoglienza le fonti di origine esterna, internazionali e sovranazionali, che possano comunque, per la loro parte, esibire il titolo di saper concorrere all'inveramento dei valori costituzionali, a fare vivere dunque nell'esperienza la Costituzione stessa *magis ut valeat*. Le fonti rimangono, sì, *distinte al piano della teoria delle fonti* stesse, tant'è che senza la loro ricezione con le forme prescritte esse rimangono meri fatti privi di rilievo giuridico<sup>36</sup>; una volta però immesse nell'ordinamento nazionale, l'*integrazione* delle loro norme, *al piano della teoria dell'interpretazione*, è innegabile, secondo quanto si preciserà meglio a momenti.

In questa luce, è da mettere in conto la eventualità che la Costituzione possa farsi da canto in un sua regola, allo scopo beninteso che possa fissarsi ancora più in alto il punto di sintesi assiologica tra i valori fondamentali della Costituzione stessa. Si tratta, in breve, di ricercare ogni volta la soluzione che dia modo alla Costituzione di affermarsi come “sistema”, un sistema del quale è parte integrante, quale suo principio fondante, anche quello dell'apertura internazionale e sovranazionale. Gli stessi principi fondamentali – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – non si sottraggono alle operazioni di bilanciamento assiologico che hanno nel valore “supercostituzionale” della dignità della persona umana la *Grundnorm* e il *Grundwert* assieme, una dignità che poi si rispecchia nella coppia assiologica fondamentale di libertà ed uguaglianza<sup>37</sup>: i due valori transepocali, seppur non autenticamente universali, in cui si riconoscono gli ordinamenti che hanno fatto della centralità della persona umana il perno attorno al quale ruotano, il punto fermo da cui si tengono e svolgono, per quindi trasmettersi integri, pur nei necessari mutamenti imposti dal tempo, alle generazioni che verranno.

Se le cose finora dette sembrano attendibili, due conseguenze subito ne discendono, specificamente interessanti l'ordine tematico qui fatto oggetto di studio.

---

<sup>35</sup> Rilievi sul punto, da ultimo, in A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, cit.

<sup>36</sup> Tre sole notazioni, di sfuggita, al riguardo.

Innanzitutto, non indugio sulla tesi, pure finemente argomentata, che avrebbe voluto dopo la riforma del Titolo V il recupero della ricostruzione teorica, come si sa autorevolmente accreditata, secondo cui già al momento della loro formazione in seno all'ordinamento di appartenenza le norme internazionali sarebbero in grado di esprimere il vincolo della loro osservanza da parte delle leggi nazionali. Al di là dei suoi possibili meriti, la ricostruzione stessa non ha infatti avuto accoglienza (specie da parte della giurisprudenza), nel mentre si è ulteriormente consolidata l'opposta e più diffusa credenza.

La seconda notazione è che, nessun atto essendo richiesto per l'ingresso delle norme cui si riferisce il primo comma dell'art. 10, se ne ha che anche norme delle Carte (ad es., della CEDU) che possano dirsi meramente riprodotte di norme internazionali consuetudinarie (una evenienza, come si sa, più volte ammessa dalla stessa Corte costituzionale: ad es., in sentt. nn. 311 del 2009, 93 del 2010, 113 e 236 del 2011) acquistano efficacia subito, indipendentemente dalla esecuzione data alla fonte che le contiene.

La terza è che vanno tenute distinte le vicende al piano giuridico da quelle al piano culturale, anche fonti non ancora rese esecutive in ambito interno potendo ugualmente esercitare un'influenza sulle esperienze (specie processuali) che vengono a svolgersi nell'ambito stesso, secondo quanto ad es. dimostrano i numerosi richiami fatti alla Carta di Nizza-Strasburgo ancora prima della sua formale entrata in vigore.

<sup>37</sup> Sulle mutue implicazioni che tra i valori in parola s'intrattengono, al punto da rendersi ciascuno di essi incomprensibile al di fuori del necessario riferimento all'altro, v., sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009. Sui possibili bilanciamenti tra uguaglianza e libertà, in prospettiva giusfilosofica, ora, M. ZANICHELLI, *Il valore dell'uguaglianza nella prospettiva del diritto*, in *La società degli individui*, 3/2011, 33 ss.



La prima è che l'interpretazione conforme a diritto di origine esterna in genere null'altro è se non la stessa interpretazione a Costituzione, in una delle sue plurime, più salienti espressioni, allo stesso modo con cui la violazione di norma esterna ridonda, per effetto della "copertura" ad essa offerta dalla Carta costituzionale, in violazione di quest'ultima.

Gli ordinamenti – come un momento fa si precisava – restano *distinti*; una volta però che le norme aventi origine esterna si siano immesse in ambito interno, l'*integrazione*, specificamente apprezzabile nei processi interpretativi, è un fatto dovuto. È la stessa Corte costituzionale, in una sua illuminata (quanto però non linearmente svolta) pronunzia, la n. 388 del 1999, ad affermare che la Carta costituzionale e le Carte internazionali dei diritti "si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione".

Di qui, poi, la seconda conseguenza, alla prima strettamente, indissolubilmente legata; ed è che nessuna graduatoria può farsi tra Carte che tutte danno *riconoscimento* a diritti fondamentali e, più largamente, a beni della vita che hanno la loro radice fuori e prima del diritto (anche costituzionale!) e che, tuttavia, hanno un disperato, vitale bisogno di farsi veicolare nell'esperienza per il tramite del diritto stesso. Ed è proprio per ciò che – come mi è venuto più volte di dire – nel momento stesso in cui la Costituzione dovesse piegarsi *all'altro* ed *all'alto*, in realtà essa realizza appieno... *se stessa*, specificamente nei suoi valori enunciati agli artt. 2 e 3, nel loro fare "sistema" coi valori fondamentali restanti. E però la soluzione ottimale – com'è chiaro – non è quella che porta comunque a vedere come reciprocamente alternative le Carte in parola (Costituzione inclusa) bensì l'altra, che le vede entrambe in ugual misura affermarsi a mezzo del loro mutuo completamento e sostegno nei fatti interpretativi.

Ha ragione, perciò, a me pare il *Bundesverfassungsgericht* che, in modo coraggioso, ha più volte (ed ancora di recente<sup>38</sup>) riconosciuto che la stessa Costituzione si presta ad interpretazione conforme a CEDU o a diritto dell'Unione, così come – aggiungo per la mia parte –, circolarmente, questi a quella<sup>39</sup>. La nostra Corte tutto questo non l'ha mai detto, al di fuori dell'implicito riferimento fatto nella decisione del '99 sopra rammentata; di contro, ha tenuto a dichiarare, ripetutamente e con fermezza, il carattere subcostituzionale della CEDU, che nondimeno non osta al riconoscimento a quest'ultima del medesimo grado gerarchico posseduto dalle norme costituzionali, unicamente però al fine della eventuale caducazione di legge "anticonvenzionale" e sempre che – come si è veduto – la CEDU stessa appaia conforme a Costituzione.

Il verso, a giudizio della nostra Corte, è dunque unidirezionale; e in ciò si rispecchiano antiche vedute, che muovono dall'assunto della unicità della fonte fondante l'ordinamento, la Costituzione appunto: una fonte perfetta in sé e per sé, tant'è che mai si è ammesso che faccia in essa difetto la garanzia per un diritto o, in generale, una pretesa del soggetto e che pertanto si renda indispensabile attingerla *ab extra*. Mai la messa da canto della Costituzione per far applicazione in sua vece della Convenzione o di altra Carta dei diritti; tutt'al più la conferma, venute da tali fonti aventi origine esterna, di una tutela già *in nuce* desumibile tutta quanta dalla nostra legge fondamentale.

La Convenzione rimane, perciò, nella ricostruzione fattane alla Consulta, ad un grado positivamente e culturalmente subalterno, il suo ruolo risultando tutt'al più essere di completamento e di conferma.

Dal punto di vista, fatto proprio dalla Corte (e da chi ne condivide l'orientamento) della separazione degli ordinamenti, rimane poi non chiarito in che modo prenda corpo e si svolga l'interpretazione conforme. Non si sa se la legge vada dapprima letta alla luce della Costituzione e quest'esito quindi verificato a mezzo di una seconda interpretazione alla luce della Convenzione

---

<sup>38</sup> Ad es., in causa 2365/09 del 4 maggio 2011.

<sup>39</sup> L'adattamento interpretativo delle Carte di origine esterna (e, segnatamente, della CEDU) a Costituzione è usualmente negata. Si trascurano tuttavia due dati di comune esperienza: per un verso, le Carte stesse dichiarano di non poter fare a meno di attingere alle "tradizioni costituzionali comuni"; per un altro verso, limitando l'obbligo di osservanza della giurisprudenza EDU alla sua sola "sostanza" – secondo quanto si vedrà meglio a momenti –, la Consulta agevola nei fatti l'adattamento suddetto.

(per non dire delle complicazioni derivanti dal bisogno di volgersi altresì verso il diritto dell'Unione), una seconda lettura che nondimeno non potrebbe deviare dal solco costituzionale, o se – come forse, sempre da questo punto di vista, parrebbe essere più ragionevole – si debba fare all'inverso: in un primo momento, guardare alla Convenzione (ed alle fonti di origine esterna in genere) e poi alla Costituzione (un “dopo”, ovviamente, solo cronologico, non gerarchico)<sup>40</sup>.

Dal punto di vista invece nel quale mi riconosco, non v'è, non può esservi, un *prius* o un *posterius* ma un congiunto, circolare rimando a *tutti* i materiali normativi espressivi in non graduata o graduabile misura di diritti, *tutti* pur sempre riportabili alla *Costituzione come “sistema”* (anche delle relazioni interordinamentali), e segnatamente alla “copertura” offerta dagli artt. 2 e 3, più e prima ancora che dagli artt. 10 e 11 (e 117, I c.).

L'opzione – come si vede – è pur sempre per il punto di vista costituzionale, per la elementare ragione che da qualche parte ci si deve pur mettere per osservare l'esperienza; ma è un'opzione che poi non porta ad alcuna aprioristica ordinazione gerarchica, al di là della scelta iniziale a favore degli artt. 2 e 3, nei quali nel modo più immediato e genuino si rispecchia la dignità della persona umana.

*6. Il carattere eccessivamente rigido di taluni indirizzi giurisprudenziali e gli effetti negativi cui essi danno non di rado luogo (con specifico riguardo all'applicazione diretta della Costituzione)*

A conclusioni non diverse da quelle cui si è appena pervenuti conduce la considerazione di altri profili ormai nettamente delineati nella giurisprudenza costituzionale. Qui, infatti, nuovamente taluni irrigidimenti d'indirizzo si sono dimostrati alla lunga forieri di effetti, sì, positivi ma anche non poco negativi, ai quali ultimi specialmente giova prestare, sia pure con la rapidità imposta a questo studio, attenzione.

Si pensi all'applicazione diretta della Costituzione, che costituisce essa pure una risorsa, frutto dell'affermazione della tesi che considera la Costituzione stessa come legge, la legge fondamentale della Repubblica, non già un mero “programma” di buoni propositi consegnati al discrezionale apprezzamento del legislatore e perciò idonei a commutarsi in “diritto vivente” unicamente ai tempi, alle condizioni e coi contenuti stabiliti dal legislatore stesso<sup>41</sup>.

L'applicazione diretta della Costituzione alle volte ha davvero origine e giustificazione in un'acclarata lacuna del dettato legislativo; altre volte, però, è il frutto di letture manipolative dello stesso, con specifico riguardo a disposizioni normative giudicate scomode, messe pertanto disinvoltamente da canto per far posto in loro vece alla Costituzione, la quale poi, a sua volta, è essa

---

<sup>40</sup> È chiaro che, ove una interpretazione conforme dovesse divergere dall'altra o, addirittura, fare a pugni con essa (e salva l'ipotesi di un uso scorretto dei canoni interpretativi), forte sarebbe il sospetto della incompatibilità tra Costituzione e Convenzione, gravando pertanto sul giudice l'obbligo di denunciarla alla Corte (sempre che – beninteso – ci si attenga all'indirizzo della Corte stessa che fa divieto al giudice di applicazione diretta della Convenzione, potendosi altrimenti prefigurare altresì il caso opposto della “non applicazione” diretta della stessa).

<sup>41</sup> Non ridiscuto qui nuovamente la raffinata (ma radicale) ricostruzione teorica che, in generale, vede nella legge lo strumento *ordinario* e *necessario* di realizzazione del “programma” costituzionale (chiaro il riferimento ai noti studi di F. MODUGNO, a partire da *L'invalidità della legge*, I, *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, e II, *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano 1970). Mi limito solo a confermare il mio convincimento, argomentato altrove, secondo cui la Costituzione può rappresentare (ed effettivamente rappresenta) ora un vincolo positivo ed ora un mero limite negativo per la legislazione; ed è solo nelle singole esperienze che può perciò apprezzarsi la sua vera natura. Non è, ad ogni buon conto, senza significato che in queste ultime anche le norme (un tempo per antonomasia considerate) “programmatiche” siano state portate subito ad applicazione, *malgrado* la mancanza di leggi deputate al loro svolgimento, ed anzi *proprio* a motivo di siffatta mancanza.

pure soggetta a non infrequenti, ancorché abilmente camuffate, manipolazioni della propria sostanza normativa<sup>42</sup>.

La conclusione non *dovrebbe* essere diversa per le Carte internazionali dei diritti; l'uso della forma verbale condizionale nondimeno si giustifica a motivo del fatto che alcuni studiosi tengono ad ogni modo distinta la condizione dell'una e delle altre Carte. Ininfluyente è al riguardo la circostanza per cui quelle aventi origine esterna sono rese esecutive con legge, di modo che è quest'ultima a trovare applicazione, sempre che faccia appunto difetto altra norma parimenti legislativa.

In disparte infatti ogni riserva che si nutra a riguardo del modo con cui le Carte dei diritti hanno ingresso in ambito interno<sup>43</sup>, ciò che conta è la loro sostanza unitamente alla forma verbale, al linguaggio esibito dai loro enunciati, i quali sono in tutto e per tutto quelli propri dei documenti costituzionali. Piuttosto, la circostanza che essi rilevino in quanto recepiti con legge comune acquista rilievo sotto altri aspetti, ad es. giustificando il ricorso alla tecnica dell'abrogazione ogni qualvolta l'atto interno di esecuzione risulti essere posteriore rispetto a legge con esso incompatibile<sup>44</sup>. Un'abrogazione che, nondimeno, presuppone la materiale attitudine della fonte di origine esterna ad essere subito portata ad applicazione in vece di quella nazionale. La qual cosa non è invero agevole da dimostrare proprio a motivo di quella diversa sostanza degli atti posti a confronto, vale a dire della maggiore ampiezza di struttura nomologica posseduta dalla fonte esterna rispetto alla legge comune. Eppure, come si diceva, alle medesime condizioni in cui può farsi luogo all'applicazione diretta della Costituzione può, a mia opinione, aversi altresì quella delle Carte.

D'altro canto, se si conviene a riguardo della mutua integrazione nei fatti interpretativi della Costituzione e delle Carte in parola, non si vede come possa tenersi separato il regime di quella dal regime di queste.

Se poi si allarga l'orizzonte altresì alla Carta di Nizza-Strasburgo, non poche statuizioni della quale trovano sostanziale corrispondenza con quelle della CEDU e, ad ogni buon conto, richiedono di essere intese alla luce di questa, vengono ulteriormente a moltiplicarsi i casi di possibile (e, anzi, doverosa) applicazione diretta della CEDU stessa: ove vi sia contrasto con norme di legge, ragionando della obbligatoria "non applicazione" di queste ultime, accompagnata dall'applicazione di norme della Carta dell'Unione *self-executing*<sup>45</sup> (e, *per ciò stesso*, della CEDU), sempre che, ovviamente, si versi in ambiti materiali di spettanza dell'Unione stessa (ma questo, come si sa, si ha ormai sempre più di frequente); qualora facciano poi difetto le norme nazionali, facendo appunto diretta applicazione dei soli materiali normativi disponibili provenienti *ab extra*.

---

<sup>42</sup> Non poche volte, infatti, a base di una corposa manipolazione dei testi di legge sta – come si è tentato di mostrare altrove (*Linguaggio della Costituzione e parametri dei giudizi di costituzionalità*, in AA.VV., *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, a cura di G. Pitruzzella-F. Teresi-G. Verde, Torino 2000, 525 ss.) – un'ancora più corposa manipolazione del parametro. D'altronde, che la Corte riscriva di continuo la Costituzione è un dato ormai acquisito alla più consapevole riflessione teorica [per tutti, A. SPADARO, *Le motivazioni delle sentenze della Corte come "tecniche" di creazione di norme costituzionali*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Torino 1994, 356 ss. e, dello stesso, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico)*, cit., 343 ss.; E. ROSSI, *Le trasformazioni costituzionali secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Le "trasformazioni" costituzionali nell'età della transizione*, a cura di A. Spadaro, Torino 2000, 119 ss.].

<sup>43</sup> Altrove si è infatti argomentata la tesi favorevole alla loro ricezione con legge costituzionale, ricongiungendosi in tal modo la forma con la materia sua propria; e il riconoscimento dei diritti fondamentali è – come si sa – il cuore pulsante della materia in parola, in linea con l'insuperato e di perdurante attualità insegnamento consegnatoci dall'art. 16 della Dichiarazione del 1789.

<sup>44</sup> L'abrogazione, in astratto, non è esclusa neppure nei rapporti tra fonti gerarchicamente ordinate, secondo il riconoscimento in tal senso fatto – come si sa – già da Corte cost. n. 1 del 1956. È tuttavia noto che, con riguardo alle antinomie Costituzione-legge, la giurisprudenza ha poi fatto uso per sistema dello schema della invalidità, originaria o sopravvenuta che sia. In ogni caso, come si rammentava poc'anzi, la stessa giurisprudenza ha tenuto a precisare non essere la CEDU (e, perciò, ogni altra Carta) sovraordinata alle leggi.

<sup>45</sup> L'ipotesi è stata, ancora non molto tempo addietro, ragionata da V. SCIARABBA, *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 9 maggio 2011; v., già, volendo, il mio *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., 198 ss.

Poco importa, poi, dal mio punto di vista, che in un'esperienza processuale l'operatore dica di far applicazione unicamente della Carta dell'Unione o della stessa Costituzione (e non pure della Convenzione), quando poi il risultato praticamente non cambia, specie nei casi in cui la Convenzione stessa ha modo di lasciare un segno culturale profondo nei processi interpretativi riguardanti le Carte restanti.

7. *Il “tira e molla” e lo stop and go della Corte costituzionale sulle questioni di “convenzionalità”, con l’opportunità offerta ai giudici (e, però, anche a... se stessa) di “smarcarsi” dal pressing delle Corti europee (in specie della Corte EDU) grazie ad un uso incisivo della tecnica del distinguishing*

Tutto ciò posto (e proprio a motivo della molteplicità dei documenti normativi materialmente costituzionali in campo), non è chi non veda quali spazi si aprano per operazioni largamente espressive di potere discrezionale da parte dei giudici: vuoi per effetto del ricorso alla tecnica del *distinguishing*, vuoi ancora per il congiunto riferimento ad indirizzi giurisprudenziali non sempre convergenti delle Corti (costituzionali ed europee), sta di fatto che le operazioni stesse dispongono di spazi non poco cospicui entro cui affermarsi.

Di qui, la conferma del ruolo di estremo impegno e responsabilità gravante sulle spalle dei giudici comuni<sup>46</sup>, per quanto il suo svolgimento si abbia perlopiù in modo discreto e lunghi canali sotterranei, poco o nient'affatto visibili dalla gente e talora anche dai più consapevoli conoscitori delle esperienze della giustizia, sia costituzionale che comune. Un ruolo che, proprio per la incisività delle sue manifestazioni, può portare ad esiti di vario segno; e si tratta una buona volta di chiedersi se, al di là di come si giudichino le singole vicende processuali per gli effetti nel merito prodotti, i giudici possano essere lasciati soli con se stessi ad assumere decisioni che, pur se limitate – conformemente alla loro natura – ai casi cui si applicano, acquistano nondimeno un significato di prima grandezza.

Ora, le indicazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale sulla CEDU, a partire dalla svolta del 2007, non agevolano – a me pare – a fare fino in fondo chiarezza a riguardo delle questioni cruciali cui si è appena accennato.

Talune perduranti oscillazioni ed aporie di costruzione esibite dalla giurisprudenza costituzionale possono invero disorientare non poco gli operatori, per la loro parte dunque alimentando talune pratiche distorsive presenti nelle esperienze della giustizia comune, le quali peraltro hanno molte volte specificamente in se stesse la radice della loro esistenza.

Mi riferisco ora al singolare “tira e molla” posto in essere presso la Consulta con riferimento appunto alle questioni di “convenzionalità”. Per un verso, infatti, la Corte manifesta la tendenza a liberarsene, configurando il proprio ruolo come meramente “sussidiario” in relazione ai soli casi in cui non soccorra l’interpretazione conforme; per un altro verso ed allo stesso tempo, però, attrae a sé tutti tali casi, senza spiraglio alcuno – perlomeno ad oggi... – per eventuali applicazioni dirette della Convenzione da parte dei giudici comuni.

È singolare, poi, che la Corte non reputi di doversi sgravare della trattazione di questioni delle quali, invece, in circostanze del tutto analoghe agilmente si libera. Ad es., mentre, giustamente, s’interroga circa gli effetti del possibile *ius superveniens* legislativo (e, dunque, dei suoi riflessi nelle esperienze della giustizia costituzionale), ora restituendo gli atti alle autorità remittenti (nei giudizi in via incidentale) ed ora dichiarando cessata la materia del contendere (nei ricorsi in via principale), non s’interroga *motu proprio* sui casi di possibile interferenza con norme dell’Unione europea sfuggita alla cognizione del giudice comune, una interferenza che potrebbe portare a rimandare le relative questioni ai giudici comuni perché facciano subito “non

---

<sup>46</sup> Una sua vigorosa sottolineatura è in R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., e, dello stesso, ora, *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei*, in corso di stampa per i tipi della Aracne di Roma, e *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali*, cit.

applicazione” delle norme interne con le prime incompatibili (specie laddove, come si è sopra veduto, il diritto dell’Unione poi sostanzialmente coincida con norme della CEDU o di altra Carta). Quando insomma viene denunziato dal giudice *a quo* il possibile contrasto con norme convenzionali, la Corte trattiene *sempre* presso di sé la questione, persino quando potrebbe tornare ad interpellare l’autorità remittente. Mi chiedo però se il principio *iura novit curia*, nelle sue peculiari proiezioni al piano del diritto dell’Unione, non debba valere anche per la Corte, così come vale per i giudici comuni.

“Tira e molla” da un lato, *stop and go* dall’altro, specificamente al piano dei rapporti con la Corte EDU segnano i più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale. E quando parlo di *stop and go* mi riferisco in particolare alle oscillazioni tra il corno della osservanza degli indirizzi della Corte di Strasburgo e quello invece del distacco da essi, abilmente posto in essere specie a mezzo della tecnica del *distinguishing*, di cui si ha traccia in particolare nell’ultimo indirizzo giurisprudenziale<sup>47</sup>, una tecnica filtrata alla luce del principio, pure vigorosamente (ma anche alquanto confusamente) enunciato nei tempi a noi più vicini, secondo cui alla giurisprudenza della Corte EDU va prestato ossequio unicamente nella sua “sostanza”<sup>48</sup>.

Cosa debba intendersi per la “sostanza” in parola ancora non s’è ben capito (e, forse, mai si capirà); in particolare, non è chiaro se l’ossequio alla giurisprudenza europea da parte dei giudici comuni (e però pure dello stesso giudice costituzionale...) resti circoscritto ai soli casi d’indirizzi interpretativi definiti a Strasburgo ed ormai stabilizzatisi nell’esperienza, espressivi cioè di un vero e proprio “diritto vivente”, non pure dunque ai casi in cui quest’ultimo faccia difetto, ovvero se anche pronunzie non ancora ripetute in modo seriale richiedano ugualmente di essere rispettate (sia pure, appunto, solo nella loro “sostanza”). Sta di fatto che, a motivo della vaghezza concettuale del termine indicativo del limite in parola, la Corte viene a ritagliarsi uno spazio di manovra non poco consistente, seppur col costo di disorientare i giudici, cui il medesimo spazio è astrattamente riconosciuto, esponendoli al rischio sempre incombente di portarsi oltre il limite stesso, con conseguente violazione della Convenzione. È ad ogni buon conto innegabile che lo scostamento dalla giurisprudenza EDU non “sostanziale” possa in ogni tempo trapassare in un... *sostanziale* abbandono dell’interpretazione conforme; su ciò è opportuno che la vigilanza non venga mai meno e che la riflessione teorica, approfondendo il punto, possa offrire indicazioni utili alla pratica giuridica.

La tecnica del *distinguishing* (alle volte da sola, altre volte unitamente al riferimento alla “sostanza” della giurisprudenza EDU) si pone poi – come si diceva – quale una risorsa preziosa di cui la Consulta dispone al fine di non dover pervenire alla soluzione estrema di dichiarare l’inidoneità di norma CEDU ad integrare il parametro costituzionale o – il che è praticamente lo stesso – al fine di coprire i propri dissensi con la Corte di Strasburgo.

La medesima tecnica, poi, nelle mani dei giudici comuni, specie di quelli “ribelli” nei riguardi dell’indirizzo della giurisprudenza costituzionale sfavorevole all’applicazione diretta della CEDU, si presta allo scopo di non dover fare applicazione di leggi contrarie alla CEDU stessa, senza doverle allo stesso tempo rimandare al giudizio della Consulta, recuperando in tal modo la “sostanza” delle norme convenzionali e magari dichiarando di fare applicazione diretta della Costituzione, riletta però alla luce della Convenzione, nell’assunto della mancanza di una regolazione legislativa del caso. Oltre tutto, si viene così a parare il rischio che, rivolgendosi al giudice delle leggi, quest’ultimo possa ora caducare la norma convenzionale (o, comunque,

---

<sup>47</sup> Riferimenti nel mio *La Corte costituzionale “equilibrata”*, cit. In argomento, da ultimo, A. GUAZZAROTTI, *Uso e valore del precedente CEDU nella giurisprudenza costituzionale e comune posteriore alla svolta del 2007*, relaz. al Seminario su *La CEDU tra effettività delle garanzie e integrazione degli ordinamenti*, Perugia 17 novembre 2011, in [www.diritti-cedu.unipg.it](http://www.diritti-cedu.unipg.it).

<sup>48</sup> V., spec., Corte cost. nn. 236, 257 e 303 del 2011 e 15 del 2012. Come ha tenuto a precisare nel corso della sua annuale Conferenza stampa relativa al 2011 il Presidente Quaranta (una Conferenza in gran parte dedicata – e *pour cause* – proprio ai rapporti con la CEDU), rifacendosi ad una indicazione data in alcune delle decisioni sopra richiamate, rientra fra le prerogative della Corte “valutare come ed in qual misura il prodotto dell’interpretazione della Corte europea si inserisca nell’ordinamento costituzionale italiano”.

dichiararne l'inidoneità ad integrare il parametro costituzionale) ed ora comunque far salva la legge la cui incompatibilità con la Convenzione sia tuttavia acclarata, nel presupposto che la prima offra una più intensa tutela ai diritti, secondo quanto si è ritenuto dalla Consulta possibile (spec. nella già cit. sent. n. 317 del 2009).

*8. Il giudice comune come Cenerentola, esclusa dalle danze delle Corti europee e della Corte costituzionale? Accentramento e diffusione, in pari e rilevante misura, del sistema di giustizia costituzionale, e gli esempi delle additive di principio e delle antinomie tra diritto dell'Unione e diritto interno, la cui soluzione vede il giudice stesso partecipe con centralità di ruolo di operazioni di giustizia costituzionale*

Le notazioni appena svolte, pur nel carattere largamente approssimativo che le connota, credo che avvalorino in modo sufficientemente sicuro l'idea per cui è teoricamente alquanto improprio o, diciamo pure, rozzo seguitare ad interrogarsi, nel braccio di ferro tra Corti europee (e, segnatamente, Corte EDU) e Corte costituzionale quale di esse risulti dotata della maggior forza, ove si convenga che ciascuna Corte ha avuto (ed ha) modo di farla valere in consistente misura, senza per ciò risultare vincitrice ovvero soccombente alla fine della partita. E ciò, per la elementare ragione che la partita non ha mai fine e che, a seconda dei casi, sembra che l'una Corte possa prevalere sull'altra (o sulle altre), dovendo tuttavia rassegnarsi a recedere in casi diversi<sup>49</sup>.

Parimenti approssimativo è, in questo scenario, il ritenere che il giudice comune sia una sorta di Cenerentola, obbligata a restare esclusa dalle danze svoltesi presso i palazzi delle Corti europee e dei tribunali costituzionali, alle quali nondimeno – proprio come il noto personaggio della favola – riesce, in modo magico, a prender parte, ottenendo infine la migliore delle gratificazioni possibili. Gli spazi di manovra di cui il giudice stesso invece dispone – come s'è veduto – non sono meno consistenti di quelli di cui risultano dotati gli altri giudici, al di là ovviamente della diversa efficacia che è propria delle pronunzie emesse da ciascun operatore di giustizia.

Sta di fatto che sono stati (e sono) giusto i giudici comuni gli artefici primi dell'inveramento della giurisprudenza europea in ambito interno, malgrado la loro minore “visibilità” rispetto al giudice costituzionale.

Tornando allora al quesito inizialmente posto e riprendendo uno schema qualificatorio usuale e che però sempre più stancamente si trascina, ci si avvede che il nostro (al pari di altri) è un sistema di giustizia a un tempo *accentrato* e *diffuso*, anzi in modo sempre più marcato sia accentrato che diffuso: ad ulteriore riprova di come i termini in parola non si pongano affatto – come invece da

---

<sup>49</sup> Emblematica, per fare un solo esempio, la vicenda delle leggi d'interpretazione autentica, dove ciascuna Corte ha avuto modo di dire la sua; e si vedrà alla lunga quale tesi finirà con l'affermarsi, non escludendosi ovviamente la eventualità che essa si ponga quale il frutto di una mediazione tra le posizioni in campo. Sul caso *Agrati*, v. le note di M. MASSA, *Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, e mia, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica, e domani? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia)*, entrambe in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), e in *Quad. cost.*, 3/2011, rispettivamente, 706 ss. e 709 ss.; inoltre, G. REPETTO, *Il nodo delle irretroattività tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.diritticedu.unipg.it](http://www.diritticedu.unipg.it); E. LUPO (in coll. con E. VINCENTI), *Pluralità delle fonti ed unitarietà dell'ordinamento*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), spec. §§ 5.2, 5.3 e 6. Sul non coincidente punto di vista espresso dalla Corte di giustizia (sent. Grande Sezione del 6 settembre 2011, in causa C-108/10, *Scattolon*), le note di M. MASSA, *Dopo il caso Agrati il caso Scattolon: le leggi interpretative tra disapplicazione e prevalenza sulla CEDU*, in *Quad. cost.*, 4/2011, 957 ss.; G. REPETTO, *Il triangolo andrà considerato. In margine al caso Scattolon*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); G. RICCI, *Il passaggio del personale Ata dagli enti locali allo Stato: per la Corte di giustizia è un caso di trasferimento d'azienda (Osservaz. a Corte giust. 6 settembre 2011, causa C-108/10)*, in *Foro it.*, 11/2011, IV, 503 ss. e, ora, V. DE MICHELE, *Le vicende del personale Ata trasferito allo Stato dopo le giurisdizioni superiori tornano al vero giudice: quello comune “europeo” che decide nel merito*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 14 marzo 2012. Da ultimo, nel caso *Arras*, già rammentato, la Corte di Strasburgo ha tenuto fermo il proprio punto di vista a riguardo della inammissibile interferenza con l'amministrazione della giustizia da parte delle leggi d'interpretazione autentica, allo stesso tempo però escludendo la violazione di disposti della Convenzione diversi dall'art. 6.



parte di molti si pensa – in un rapporto di inversione proporzionale, l'una componente affermandosi, per una ineluttabile necessità, a discapito dell'altra, e – naturalmente – viceversa.

Semplificando al massimo la rappresentazione di uno stato di cose che appare connotato da intrinseca, accentuata complessità e fluidità, sembra di poter dire che *l'accentramento a sua volta si... diffonde*, se non altro per il fatto che – come si faceva dietro notare – è venuto col tempo vieppiù evidenziandosi il ruolo delle Corti europee quali Corti *materialmente* costituzionali (un ruolo con ogni probabilità destinato ad ulteriormente crescere, specie con l'auspicata adesione dell'Unione alla CEDU), senza nondimeno che ne sia risultato reciso il filo che lega quelle Corti alla loro matrice originaria, testimoniato già dalla loro composizione interstatale, che le obbliga a mediazioni non semplici (ed alle volte, anzi, particolarmente sofferte) di ordine culturale e positivo<sup>50</sup>.

Dal canto loro, i giudici comuni in modo sempre più marcato e vistoso partecipano ad operazioni di bilanciamento (anche interordinamentale!) secondo valore, operazioni *in nuce* di “giustizia costituzionale”, pur se con la consueta limitazione legata al carattere circoscritto degli effetti della loro azione.

È sufficiente por mente al significato posseduto da alcune tecniche decisorie presenti nella giurisprudenza costituzionale che danno modo ai giudici comuni di concorrere con la giurisprudenza stessa nella realizzazione di obiettivi comuni ed a mezzo di tecniche parimenti non diverse, quale quella dell'interpretazione conforme o l'altra del *distinguishing* o l'altra ancora della osservanza degli indirizzi della Corte EDU unicamente nella loro “sostanza”.

Molte esempi potrebbero al riguardo essere adottati in aggiunta alle cose sopra dette; e basti solo rammentare l'esperienza delle additive di principio, in occasione e per effetto della cui adozione si assiste – a me pare – ad una sorta di giustizia costituzionale *in progress*, la pronunzia della Corte abbisognando di essere perfezionata e integrata dalle pronunzie, varie per orientamento e contenuti, dei giudici comuni, espressive di una *vis* innovativa (“normativa”, è stato detto) non minore di quella propria del verdetto della Consulta e, forse, anzi persino maggiore, ove si convenga a riguardo della maggiore vaghezza di disposto che è propria di quest'ultimo, a fronte della puntualità di disposto delle regole desunte (a rime non obbligate...) dai giudici comuni<sup>51</sup>. O, ancora, si pensi al ruolo complessivamente giocato da questi ultimi al piano della risoluzione delle antinomie tra diritto dell'Unione e diritto interno: dove, nuovamente, a base della “non applicazione” di norma di legge contraria al diritto sovranazionale sta pur sempre la violazione dell'art. 11, nel quale – come si sa – riposa, dal punto di vista dell'ordinamento interno, il fondamento del primato del diritto dell'Unione: una violazione rilevata appunto dai giudici comuni, in deroga al principio di unicità del sistema di giustizia costituzionale fissato nella Carta.

---

<sup>50</sup> Su ciò, part., gli studi di O. POLLICINO (tra i quali, principalmente, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano 2010, nonché, da ultimo, *Unione europea e CEDU: analisi comparata della genesi e dei primi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 31 gennaio 2012).

<sup>51</sup> Un esempio particolarmente istruttivo specificamente riguardante l'ordine tematico qui interessante è quello avutosi con la sent. n. 113 del 2011, con la quale si è – come si sa – riscritto l'art. 630 c.p.p., demandandosi ad ogni buon conto (e in attesa dell'intervento riparatore del legislatore) ai giudici comuni di rinvenire le soluzioni di volta in volta più adeguate allo scopo di ripristinare la piena osservanza della Convenzione (la pluralità delle soluzioni al riguardo praticabili è stata da molti e con varietà di accenti sottolineata: ad es., di recente, da G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1542 ss.; spunti interessanti di vario segno, inoltre, nella stessa *Rivista*, in G. REPETTO, *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, 1548 ss. e S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*, 1557 ss.; v. pure G. CANZIO, *Giudicato “europeo” e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*; R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, e il mio *Il giudicato all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011 ... ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, tutti in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2011, nonché in *Legisl. pen.*, 2/2011, con l'aggiunta, *ivi*, di M. CHIAVARIO, *La Corte costituzionale ha svolto il suo compito: ora tocca ad altri*; R. CONTI, *La scala reale della Corte Costituzionale sulla tutela della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Corr. giur.*, 9/2011, spec. 1253 ss.).

9. *Gli squilibri delle pratiche giudiziali e il bisogno che gli interventi correttivi, al fine di poter risultare almeno in parte efficaci, siano a un tempo ambientati al piano delle regole ed a quello delle regolarità, all'insegna del principio della parità delle Corti e della integrazione tra le Carte ed in vista dell'ottimale appagamento dei diritti*

Ora, la crescita dei ruoli di tutti i giudici ripropone in termini viepiù pressanti la questione relativa al modo o ai modi con cui correggere alcune storture evidenziatesi presso le sedi in cui si somministra giustizia (al piano europeo così come a quello interno, e tanto nell'attività svolta dal giudice costituzionale quanto in quella posta in essere dai giudici comuni).

L'idea che mi sono venuto al riguardo facendo, a seguito di un monitoraggio costante effettuato nei riguardi delle esperienze maturate presso tutte tali sedi, è che si renda necessario ambientare gli interventi correttivi sia al piano delle *regole* che a quello delle *regolarità*, a quello dei canoni normativi ed all'altro della messa in atto delle pratiche giudiziali maggiormente marcate e radicate, espressive di veri e propri "indirizzi" pressoché consuetudinariamente osservati.

All'uno è vistosa la carenza di collegamenti istituzionali di cui si ha invece – a me pare – un vitale bisogno, le novità che al riguardo dovessero introdursi richiedendo nondimeno di risultare a mezzo di un pugno di norme essenziali, duttili per conformazione strutturale e, perciò, aperte alla loro "sperimentazione" ed al loro congruo svolgimento per via giurisprudenziale.

L'integrazione (e non la mera specificazione o, di più, l'applicazione) delle *regole* ad opera delle *regolarità* s'impone in ragione della complessità dei rapporti che s'intrattengono tra le Corti, in cui peraltro si specchia, al piano istituzionale, la complessità dei casi della vita, nei quali s'intrecciano interessi plurimi, non di rado tutti astrattamente meritevoli di tutela, idonei cioè a giocare la partita alla pari, con esiti a conti fatti determinati di volta in volta dai casi stessi.

Che la disciplina delle regole, così com'è, sia insufficiente non richiede dimostrazione alcuna, a motivo della evidenza del fatto in sé.

L'unico vero canale di collegamento interordinamentale è – come si sa – il rinvio pregiudiziale, peraltro nei fatti limitato ai soli rapporti tra Corte di giustizia e giudici comuni (la disponibilità di recente manifestata dalla nostra Corte a farne utilizzo è rimasta circoscritta – com'è noto – ai soli giudizi in via d'azione e, in questi, peraltro è praticamente rimasta sulla carta). Nessun raccordo, come pure è noto, si ha poi con la Corte EDU né tra quest'ultima e la Corte di giustizia; solo di recente (specie con la dichiarazione a firma congiunta dei Presidenti delle due Corti<sup>52</sup>) si è fatto qualche timido passo in vista della messa in atto di una cooperazione ad oggi rimessa alla sola buona volontà delle Corti stesse ed invece bisognosa di poggiare su un fascio di regole certe ed inderogabili. Tra queste ultime mi permetto qui di richiamare solo quella, su cui consiglieri di appuntare in special modo l'attenzione, che raccoglie ed esprime il bisogno di far precedere il verdetto della Corte di Lussemburgo rispetto a quello della Corte di Strasburgo, ogni qual volta si faccia questione della congiunta violazione della Carta dei diritti dell'Unione e della Convenzione, al fine di evitare talune discordanze d'indirizzo poi assai problematicamente rimediabili, con effetti negativi di tutta evidenza per ciò che attiene al "seguito" da dare alle pronunzie delle due Corti in ambito interno<sup>53</sup>.

Quali che siano le soluzioni che al riguardo si giudicheranno essere le più appropriate, su una sola cosa mi sento nondimeno sicuro, sulla quale mi sta qui particolarmente a cuore sollecitare un supplemento di riflessione in altra e più acconcia sede; ed è che tanto le regole quanto le regolarità relative ai rapporti intergiurisprudenziali devono muovere da un assunto che giudico un punto fermo dei rapporti stessi, la loro vera e propria *Grundnorm*, che è anche un *Grundwert* delle

---

<sup>52</sup> Può vedersi in *Quad. cost.*, 2/2011, con la nota di M.E. GENNUSA e S. NINATTI, *Il comunicato congiunto dei Presidenti Costa e Skouris. La difficile rotta verso una tutela integrata dei diritti*, 469 ss.

<sup>53</sup> Il punto è stato di recente toccato nel mio *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema?* (Nota minima su una questione controversa), in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

relazioni interordinamentali, che obbliga ciascuna Corte a rifuggire dall'insano proposito di rivendicare una *primauté* a tutti i costi, che non può essere di nessuna in modo esclusivo e che dev'essere invece di tutte assieme<sup>54</sup>.

Dove v'è il primato di una Corte sulle altre, v'è anche una ordinazione gerarchica tra le Carte di cui le Corti stesse sono istituzionalmente garanti. Un esito questo, tuttavia, inaccettabile – checché ne pensi la nostra Corte, che seguita senza esitazione alcuna a qualificare la CEDU come fonte subcostituzionale e soggetta la stessa Carta di Nizza-Strasburgo al rispetto dei principi di struttura dell'ordinamento costituzionale (dei c.d. “controlimiti”) – tanto dal punto di vista interno che dal punto di vista esterno. E ciò, ove si convenga a riguardo di quella natura “plurale” della struttura della Costituzione (e, *mutatis mutandis*, della Convenzione e delle Carte in genere), cui si faceva poc'anzi cenno: una struttura che, per sua naturale ed irresistibile vocazione, si apre ai documenti normativi diversi da sé ed al pari di sé però idonei a dare riconoscimento ai diritti. Non è, d'altronde, senza significato che l'Unione dichiari di non poter fare a meno di attingere alle c.d. “tradizioni costituzionali comuni” e, più ancora, di dover prestare ossequio ai principi di struttura dei singoli ordinamenti nazionali (art. 4 del trattato di Lisbona), così come non è senza significato che la CEDU dichiari di poter scendere in campo unicamente ove più non soccorrano le garanzie apprestate per i diritti in ambito interno o che la Carta di Nizza-Strasburgo – come pure si segnalava – dichiari di voler essere intesa alla luce della CEDU.

Dal punto di vista, poi, della Costituzione, il credito dato alla CEDU ed alle altre Carte, pur laddove dovesse portare alla loro affermazione persino a discapito della Costituzione stessa<sup>55</sup>, potrebbe pur sempre aversi unicamente allo scopo di offrire il più adeguato servizio alla coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza e, per ciò stesso, ai diritti e, più in genere, ai beni della vita nel loro fare “sistema”.

Si tratta dunque di por mano alla costruzione di un ordine “intercostituzionale” – come a me piace chiamarlo – che, al piano delle dinamiche giudiziali, si connota dunque come “intergiurisprudenziale”, la sua edificazione e il suo incessante rinnovo risultando fondati su una sana e paritaria competizione *culturale*, non *positiva*, tra gli organi chiamati a somministrare giustizia. Una competizione che non esclude dal proprio orizzonte “strategico” la eventualità del conflitto o, comunque, della diversificazione<sup>56</sup>, che tuttavia può convertirsi in valore positivo, da essi ugualmente traendo alimento la competizione stessa e non ostando essi, ad ogni buon conto, all'ulteriore avanzata del processo d'integrazione interordinamentale, la massima possibile alle condizioni complessive di contesto. È proprio in siffatto processo, infatti, che prende forma il mutuo e paritario soccorso delle Carte e delle Corti, nella non di rado sofferta ricerca delle soluzioni di volta in volta più adeguate a venire incontro ai più avvertiti bisogni dell'uomo, ai suoi diritti, alla sua dignità.

---

<sup>54</sup> Se invece una sola fosse la Corte di vertice del sistema del relazioni interordinamentali, essa fatalmente si commuterebbe – come si è fatto altrove osservare (ad es., nel mio *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 2009, 125 ss., spec. 157 ss.) – in un mostruoso *potere costituente permanente*, tanto più micidiale in quanto capace di distendere il suo incontrollato dominio su un territorio vastissimo, comprensivo appunto di più ordinamenti.

<sup>55</sup> La soluzione vincente, però, come si è veduto e si tiene qui in conclusione a rimarcare, è quella della mutua integrazione nei fatti interpretativi e perciò della paritaria, congiunta applicazione di tutte le Carte ai fatti della vita.

<sup>56</sup> Su ciò, interessanti rilievi ora in G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma 2011.