



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2018
"UNITÀ E INDIVISIBILITÀ DELLA REPUBBLICA"

Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali

di MICHELE NISTICÒ

**LIMITI E PROSPETTIVE DEL CIRCUITO DI TUTELA
SU PIÙ LIVELLI DEI DIRITTI FONDAMENTALI**

di *Michele Nisticò*
Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Pisa

ABSTRACT

ITA

L'articolo esamina alcuni profili problematici in tema di tutela multilivello dei diritti fondamentali. In particolare, l'analisi muove dall'evidenziare alcune delle conseguenze che l'avvento delle logiche multilivello ha prodotto sui rapporti tra la dogmatica delle fonti e la teoria dell'interpretazione giuridica, per poi svolgere considerazioni critiche circa il metodo di gestione dei conflitti tra i giudici nazionali e quelli europei. Infine, la riflessione si chiude con brevi notazioni circa l'opera di riposizionamento che la Corte costituzionale sta, da ultimo, svolgendo al fine di preservare il proprio ruolo e la propria legittimazione.

EN

The paper focuses on some problematic outlines concerning the multi-level protection of fundamental rights. The analysis underlines the consequences of the multi-level approach on the relationship between the dogmatic of the sources of law and the theory of legal interpretation; it also encompasses critical considerations about the resolution of conflicts between the national Courts and the European ones. Finally, the reflection culminates with brief remarks about the repositioning of the Constitutional Court, in order to preserve its role and legitimacy.

LIMITI E PROSPETTIVE DEL CIRCUITO DI TUTELA SU PIÙ LIVELLI DEI DIRITTI FONDAMENTALI

di Michele Nisticò

SOMMARIO: 1. *La tutela multilivello dei diritti come tecnica di garanzia e come mito*; 2. *Il mito oltre la tecnica. I riflessi condizionanti della tutela multilivello sui rapporti tra dogmatica delle fonti e teoria dell'interpretazione*; 2.1. *Nonché sul metodo dei costituzionalisti*; 3. *La tecnica oltre il mito. Corto-circuiti del (supposto) sistema di tutela multilivello e strumenti di gestione del conflitto*; 4. *La ricerca di una sintesi efficace tra i diversi livelli. L'insufficienza strutturale del criterio della massimizzazione della tutela*; 5. *Le buone ragioni dei riposizionamenti della Corte costituzionale.*

1. La tutela multilivello dei diritti come tecnica di garanzia e come mito

L'espressione «tutela multilivello dei diritti» è, come altre formule linguistiche senz'altro particolarmente fortunate, suscettibile di essere utilizzata, in chiave talvolta retorica, per indicare oggetti diversi.

Da un lato, infatti, sarebbe anzitutto il costituzionalismo stesso ad essere divenuto o, secondo diversa prospettiva, a dover comunque divenire, *multilivello*¹; del resto, è agevole constatare che solo in questo più complesso orizzonte sistemico va oggi collocato il tema della tutela

¹ I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, in *Common Market Law Review*, 1999, pp. 703 ss.; ID., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, WHI Paper, 17/02, pp. 21 ss.; ID., *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, pp. 541 ss.; P. BILANCIA e F.G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004; P. GROSSI, *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello – Tra Europa e stati nazionali*, Milano, 2004; A. D'ATENA, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Torino, 2007; G. D'IGNAZIO, *Multilevel Constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano, 2011; P. SCARLATTI, *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell'Europa del dopo-Lisbona*, in *Rivistaaic.it*, 2012; A. CERRI, M.R. DONNARUMMA (a cura di), *Il costituzionalismo multilivello. Profili sostanziali e processuali*, Aracne, 2013. Insegnamenti universitari particolarmente attenti alle prospettive appena evocate sono, poi, oggi piuttosto comuni nei corsi di laurea in materie giuridiche, talvolta risultando espressamente dedicati al «costituzionalismo multilivello», come accade ad esempio presso l'Università degli Studi di Milano.

dei diritti fondamentali o, nel caso di analisi più puntuali, di specifici diritti. D'altro lato, il problema della tutela multilivello è anche, ed in qualche caso *soprattutto*, un problema istituzionale, cioè di relazioni tra ordinamenti e tra organi, nonché un problema di rapporti tra fonti, che debbono *confrontarsi* ed in qualche modo *armonizzarsi* in un contesto nel quale si fatica sempre più spesso a riconoscere al criterio ordinatore per eccellenza – quello cioè gerarchico – la propria tradizionale centralità². Del resto, la questione della *tutela* dei diritti non è – né può essere – indipendente dalla connessa questione del loro riconoscimento, che anzi (crono)logicamente la dovrebbe precedere³, apparendo persino scontato che la concreta tutela di un diritto dipende anzitutto dal suo riconoscimento e, poi, dal *modo* in cui un diritto è riconosciuto, nell'inevitabile rapporto tra esso e gli altri diritti o interessi che la norma di protezione, collocandosi di necessità in un orizzonte sistemico, espressamente o implicitamente deve prendere in considerazione.

Conviene allora tentare di scongiurare, nei limiti del possibile, la confusione semantica che può caratterizzare il tema. Essa, infatti, implica peculiari insidie e rischia seriamente di pregiudicare l'ordine concettuale necessario ad un'analisi tecnico-giuridica delle questioni che in questa sede preme affrontare.

Assumiamo allora che, almeno ai fini della presente riflessione, ci si possa riferire alla tutela multilivello per indicare – secondo una nozione che mi pare sufficientemente condivisa tra i giuristi – il complesso (auspicabilmente organizzato, o almeno tendenzialmente ordinato) degli strumenti che regolano le relazioni tra le diverse istanze cui è possibile rivolgersi per ottenere tutela di uno o più diritti fondamentali⁴.

² Sul tema cfr. S. PARISI, *La gerarchia delle fonti. Ascesa, declino, mutazioni*, Napoli, 2012.

³ Cfr. A. RUGGERI, *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Pol. dir.*, 2007, 3, pp. 317 ss.

⁴ In questo senso cfr. A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, in Premessa, p. 3. L'espressione «diritti fondamentali» è utilizzata qui in modo promiscuo rispetto a quelle caratterizzate da altre aggettivazioni, quali «diritti costituzionali», «diritti inviolabili», «diritti umani», secondo un uso linguistico radicato nel linguaggio giuridico-costituzionale e comunque presso i giuristi. Si deve però avvertire che ogni qualificazione mira a porre in luce una diversa caratteristica di quei diritti riconosciuti ad ogni individuo e che l'ordinamento tutela in modo specifico e *rafforzato*; sul punto cfr., da ultimo, più diffusamente A. CELOTTO, voce *Diritti (Diritto costituzionale)*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, dir. da R. SACCO, Torino, 2017, pp. 261 ss., spec. par. 5.

Due sole precisazioni meritano di essere, rispetto a questa definizione data in prima approssimazione, esplicitate. La prima è che questi *strumenti* possono avere e di fatto hanno origine varia, sicché essi non tutti derivano dal diritto politico, essendo in buona parte – specialmente per quanto riguarda l’ordinamento italiano – il prodotto di evoluzioni giurisprudenziali dai percorsi non sempre, e comunque non necessariamente, lineari. La seconda è che le domande di protezione che vengono in speciale considerazione sono qui di tipo fondamentalmente giurisdizionale, e quindi lo studio dei rapporti tra esse è analisi di relazioni tra giudici e tra Corti; una vicenda, dunque, nella quale un peso notevole è inevitabilmente giocato dal diritto processuale: esso disciplina e limita i poteri degli organi che, di volta in volta, vengono in considerazione e, in particolare, fornisce (o non fornisce) gli *strumenti* di interlocuzione tra gli stessi.

È ben possibile, allora, pensare la tutela multilivello dei diritti fondamentali anzitutto come una *téchne* in senso classico: simile impostazione evoca le idee di *abilità* e di *perizia*, insomma di un orientamento strategico e ragionevolmente efficiente dei mezzi disponibili verso il raggiungimento di un obiettivo (che, nei limiti del possibile, va considerato come) predeterminato.

In questo senso, quando si afferma che la tutela dei diritti fondamentali è oggi strutturata su più livelli si vuol dire banalmente che, nell’attuale contesto storico, i medesimi diritti fondamentali sono spesso (non *sempre*) riconosciuti – o, meglio, i medesimi diritti sono riconosciuti come fondamentali – da più istanze normative o, come si dice, da più *Carte*, che appartengono ad ordinamenti diversi ma in qualche misura ed in vario modo *coordinati* (giacché naturalmente, se così non fosse, la questione non si porrebbe in termini tanto problematici): quello nazionale – esso stesso, a dire il vero, già strutturato su più di un livello –, quello dell’Unione europea e quello internazionale ed in specie convenzionale. Poiché però, come noto, queste istanze di tutela sono *giurisdizionali* – c’è quindi un giudice che può intervenire di fronte a violazioni o illegittime compressioni dei diritti garantiti *dalla Carta* (e *sulla carta*) – la questione va affrontata all’interno di un *intreccio* tra *fonti* e

*Corti*⁵; intreccio certamente poliedrico, ma che, ciò nonostante, non può divenire un *nodo* inestricabile.

E tuttavia va pure osservato che la tutela multilivello dei diritti non è solo, nell'attuale dibattito scientifico e, mi pare, anche nelle tendenze giudiziali più in voga, una *techne*, ma anche, e in qualche caso anzitutto, un *mythos*, una narrazione rituale investita di un'apprezzabile, pur profana, sacralità, e dotata di certa valenza fondativa. Proprio questa seconda impostazione, tuttavia, rischia di rappresentare in termini forzatamente pacati una realtà invece dotata di una qualche, anche significativa, conflittualità.

Va subito precisato, infatti, che il moltiplicarsi delle istanze giurisdizionali cui è possibile rivolgersi – l'aumentare, insomma, dei giudici che possono avere *voce in capitolo* rispetto alla medesima domanda di tutela o vicenda della vita – è un fatto certamente notevole sul piano tanto sostanziale che processuale, ma *neutro* sul piano invece *valutativo*: non è per nulla scontato, cioè, che all'aumentare dei giudici potenzialmente interrogabili debba migliorare anche, di pari passo, il *grado* di tutela dei diritti (di *tutti* i diritti e dei diritti *di tutti*).

Senz'altro infatti l'ordinamento interno, adottata una prospettiva multilivello, si *apre* alle suggestioni argomentative ed agli indirizzi giurisprudenziali che provengono dallo spazio giuridico europeo, e simile fenomeno non può certo essere giudicato negativamente; è pur vero però che maggiore è il numero di giudici coinvolti più alta è la probabilità che essi si pronuncino in modo tra loro difforme, con evidente pregiudizio tanto della certezza del diritto, in questo caso più che mai legata a doppio filo con quella dei *diritti*, che dei tempi di definizione delle controversie, i quali pure costituiscono senz'altro uno degli indici di efficienza della giustizia. Del resto, tutti i giuristi sanno che le vicende *sub iudice* debbono presto o tardi concludersi, e che vi sarà ad un certo momento una pronuncia *giusta*, anche se non in senso ontologico o moralizzante, ma tecnico-processuale: *giusta*, insomma, perché un sistema di regole certo impedisce, almeno in via tendenziale, di porla nuovamente in discussione. Certamente, i giudici e le Corti in qualche modo *si parlano* e, più o meno faticosamente, spesso convergono verso

⁵ Secondo l'azzeccata espressione del titolo del saggio monografico di V. SCJARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008.

obiettivi comuni o almeno compatibili, ma è ormai ampiamente verificabile che non ogni frammento del c.d. dialogo è diretto (o idoneo) a creare, e men che mai a garantire, unità degli intenti decisionali⁶.

Non si deve tuttavia frettolosamente affermare che lo spiccato *favor* verso la rappresentazione irenica della tutela multilivello che mostrano parte della dottrina e della giurisprudenza sia basato su semplici adesioni ideologiche o simpatie personali. Esso ha, invece, radici ben più profonde: lo sviluppo su più livelli della trama di protezione dei diritti ha infatti prodotto, e continua a produrre, modificazioni ragguardevoli del modo in cui i costituzionalisti guardano ad ambiti essenziali delle loro indagini – *in primis* lo studio delle fonti del diritto e della loro interpretazione anzitutto giudiziale – e forse persino al modo in cui essi costruiscono i paradigmi concettuali di riferimento dell’oggetto stesso dei propri studi.

Su questi riflessi condizionanti, allora, è opportuno anzitutto riflettere per meglio comprendere la portata del tema e, soprattutto, la tenuta pratica del *sistema* di protezione su più livelli dei diritti fondamentali.

2. Il mito oltre la tecnica. I riflessi condizionanti della tutela multilivello sui rapporti tra dogmatica delle fonti e teoria dell’interpretazione

La prima e forse più ragguardevole – per la sua incidenza inevitabilmente trasversale – conseguenza prodottasi in ragione dell’organizzazione delle dinamiche di tutela giudiziaria dei diritti fondamentali su più livelli è quella che ha in buona misura sovvertito, o comunque significativamente modificato, il rapporto tra la dogmatica delle fonti del diritto e le prassi interpretative, naturalmente *accompagnate* e di regola *influenzate* dalle teorie sull’interpretazione giuridica.

Del resto, che una relazione tra lo studio del sistema delle fonti e le teorie interpretative debba esistere e che debba trattarsi di un *nesso forte* è del tutto naturale, anche solo in ragione della semplice considerazione

⁶ Non tutte le *comunicazioni* tra giudici sono *dialoghi*, non essendo anzi affatto rare, specialmente nei rapporti tra le Corti, azioni più facilmente inquadrabili entro gli schemi dell’apposizione di termini; cfr. R. BIN, *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivistaaic.it*, n. 1/2015.

secondo cui l'interpretazione giuridica è tale poiché ha ad oggetto anzitutto le fonti del diritto. Su questo rapporto – antico quanto necessario – l'avvento delle logiche multilivello ha reagito, a mio avviso, in due direzioni, peraltro non necessariamente complementari.

Da un lato, si è assistito ad una molto evidente valorizzazione del ricorso ad alcune tecniche interpretative a discapito di altre. In modo particolare, il fenomeno ha investito l'interpretazione conforme, che è oggi *serva di tre padroni*, gravando sul giudice il *compito* (l'*obbligo* o, meglio, l'*onere*⁷) di interpretare la legge, e più in generale il diritto interno, in modo da scongiurare le antinomie non *solo* con la Costituzione, ma *anche* con il diritto dell'Unione europea e con quello internazionale ed in particolare convenzionale⁸.

D'altro lato, invece, la crescente confusione determinata, appunto, dalla giustapposizione e dalla sovrapposizione di più parametri interpretativi della legge (del diritto nazionale) ha suggerito, almeno secondo alcune ricostruzioni, di confidare nella capacità della *buona interpretazione* – supportata dalla *buona teoria dell'interpretazione* – di garantire (al giurista e, più in generale, ai consociati) un risultato applicativo dotato di accettabile stabilità, in questo modo sostituendosi al conforto tradizionalmente assicurato dalla dogmatica.

Così, nei casi che possiamo assumere come *difficili*, in cui cioè i parametri interpretativi nazionali e quelli sovranazionali *spingono* o comunque *possono spingere* in direzioni diverse, la ricomposizione ad unità di queste pulsioni *centrifughe* dovrebbe essere affidata alla teoria dell'interpretazione e non (più) alle regole di organizzazione delle fonti, e quindi *in primis* ai criteri di *gestione* delle antinomie. Sarebbe cioè

⁷ Il dovere di interpretare la legge in modo conforme alla Costituzione – o ad altra istanza normativa – non va inteso, a rigore, come un vero e proprio obbligo, poiché il solo obbligo del giudice è quello di restare soggetto alla legge (art. 101 Cost.); piuttosto, si tratta di un *onere*, il cui inadempimento produce conseguenze apprezzabili essenzialmente sul piano del diritto processuale; cfr. F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, intervento al seminario *Vicende del sistema accentrato di Giustizia costituzionale in Italia*, 11 aprile 2014, in *Rivistaaic.it*, 18 aprile 2014.

⁸ Vi è invero una radice unitaria tra tutte le interpretazioni conformi segnalate, quanto meno nel senso che l'interpretazione conforme a Costituzione implica, in certa misura, anche la speciale considerazione delle aperture della Costituzione verso il diritto dell'Unione europea e quello internazionale, sicché seguendo simile impostazione può ben dirsi che le interpretazioni conformi (al plurale) sono tutte, in modo più o meno evidente, manifestazioni della medesima interpretazione conforme (al singolare). Sul punto cfr., da ultimo, M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. del diritto*, Annali IX, Milano, pp. 391 ss., spec. 451 s.

preferibile, in questi casi, rinunciare alla distinzione tra le diverse interpretazioni conformi, in ipotesi artificiosa e comunque inutilmente *geometrica*, ed adoperarsi piuttosto per immettere le stesse in un unico complesso circuito interpretativo, cui proprio la natura concettualmente circolare donerebbe la necessaria, o almeno auspicabile, unitarietà⁹. Non potendosi infatti utilmente graduare le Carte, poco senso avrebbe anche la pretesa, o forse la *tentazione*, di graduare anche le interpretazioni conformi, tanto meno su basi formali, dovendosi invece preferire una riconduzione a sistema su base assiologica, affidata appunto alla *buona interpretazione*.

Si tratta di un'impostazione del problema che pone, a mio avviso, qualche problema applicativo, sul quale si tornerà brevemente tra poco. Basti, per adesso, però evidenziare la possibilità di notare un notevole *spostamento di fuoco*: da un sistema tendenzialmente predeterminato, qual è (qual era) quello delle fonti del diritto, ad un sistema in costante divenire, più malleabile, più *personalizzabile* e in definitiva più dipendente dalle peculiarità della vicenda, riguardino esse il caso o le capacità ed inclinazioni dell'operatore che se ne occupa o del giudice alla cui cognizione è devoluto.

Simile impianto pare produrre due conseguenze degne di menzione.

La prima, cui già si è accennato, è data dal progressivo abbandono del criterio gerarchico come ordinatore principale, o almeno fondamentale, delle fonti del diritto; se si vuole, dalla *sostituzione* della gerarchia con la circolarità ermeneutica e con le prospettive assiologiche che essa esprime o comunque incorpora. Mi pare significativo, a questo proposito, il fatto che anche in importanti pronunce costituzionali nelle quali si realizza un tentativo – non importa, in questa sede, quanto felice – di smarcamento rispetto alle giurisprudenze sovranazionali ed in specie a quella della Corte di Strasburgo, la Corte costituzionale affermi chiarissimamente che la *precedenza* da accordare all'interpretazione conforme a Costituzione rispetto a quella conforme a Convenzione rifletterebbe il

⁹ Cfr. A. RUGGERI, *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale*, in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XIX, Torino, 2016, pp. 504 ss., spec. 515, per il quale «Le interpretazioni in parola [quelle conformi] non possono, per loro irriducibile attitudine, essere tenute innaturalmente distinte (o, peggio, separate e "graduate") e piuttosto si immettano in un unico circuito interpretativo, strutturandosi quali interpretazioni paritariamente e circolarmente conformi».

«predominio *assiologico* della Costituzione sulla CEDU»¹⁰. Non dunque una preminenza assicurata, come normalmente avviene tra fonti di rango diverso, da una superiorità logico-formale dell'una sull'altra, ma da una ben più impegnativa supremazia valoriale, la cui dimostrazione è presumibilmente assai complessa e facilmente controvertibile. Proprio questo progressivo e continuo avvicinamento – che in qualche caso diviene un avvicendamento – tra gerarchia formale ed interpretazione assiologicamente orientata è generato proprio della tendenza, appena ricordata, a concentrare gli sforzi concettuali sull'interpretazione più che (e prima che) sulle fonti. L'interpretazione giuridica, infatti, a differenza del suo oggetto, non è prodotto del *potere*, ma di un'attività mentale, sicché inevitabilmente si legittima in quanto espressione di raziocinio o almeno di ragionevolezza, e risulta quindi necessariamente più instabile, oscillante e comunque sempre migliorabile.

La seconda conseguenza, per certi versi connessa alla prima, è data dalla graduale affermazione di ricostruzioni dei rapporti tra gli ordinamenti (e tra le Corti) in termini forzatamente irenici, prodotto della tendenza a sterilizzare i possibili conflitti e della preoccupazione di prevenirli prima che di quella di comporli: sull'interpretazione, del resto, si osserva che nessuno può mai *dire l'ultima parola*, perciò nessuno (nessuna Corte) è destinato a prevalere incondizionatamente sugli altri (sulle altre).

Simile ricostruzione, tuttavia, sembra certamente valida ed efficace sul piano *istituzionale*, mentre mostra forse qualche incrinatura sul versante invece più strettamente *processuale*. Si può facilmente ammettere, infatti, che sull'interpretazione non può essere affermata l'ultima parola nel senso che nessuno può avere la presunzione di voler attestare una volta per tutte quale sia l'interpretazione *vera* di una o più disposizioni in ogni tempo, in ogni luogo e con riguardo ad ogni caso, né probabilmente quel che l'interpretazione *sia* sul piano ontologico, o comunque con pretese assolutizzanti. Ma nelle vicende processuali l'approccio è ben più prosaico e vale, o dovrebbe valere, una regola di segno esattamente opposto: esse debbono concludersi con l'affermazione di un'interpretazione delle disposizioni (ritenute) rilevanti che sorregga logicamente, o almeno sul piano argomentativo, l'ordine impartito dal

¹⁰ Corte cost. n. 49/2015. Tra i molti commenti cfr., specificamente sul punto, D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forumcostituzionale.it*.

giudice. Si potrà, volendo, aggiungere un grado di giudizio – e spesso, oggi, in questo si risolve ad esempio il ricorso alla Corte di Strasburgo – ma ciò non sposta i termini della questione, se non cronologicamente. Presto o tardi i giudizi si chiudono poiché, se è ammessa la brutalità, vi è un potere abilitato a dare la ragione ed il torto¹¹: rispetto a *quel* conflitto – quel *piccolo conflitto* che alimenta il processo – c'è dunque, nel senso che ci *deve* essere, un'ultima parola ed un giudice che la può (anzi, invero la deve) pronunciare.

Se dunque è certamente condivisibile l'idea secondo cui *nessuno* può avere l'ultima parola sull'interpretazione in chiave *esistenziale*, va anche precisato che, invece, *qualcuno* deve per forza averla in chiave *pratico-processuale*: la definizione di un conflitto implica una presa di posizione circa l'individuazione del diritto applicabile e, dunque, una *scelta interpretativa*, che difficilmente può essere mascherata.

2.1. Nonché sul metodo dei costituzionalisti

Sembra inoltre di poter osservare che alcune conseguenze sono poi generate, tanto dall'avvento delle logiche multilivello quanto dalle ripercussioni che esse hanno prodotto sulla relazione tra dogmatica delle fonti e teoria dell'interpretazione, anche sul delicatissimo piano del metodo dei costituzionalisti e su quello della definizione dell'oggetto dei relativi studi.

In particolare, due tendenze mi pare meritino di essere isolate: quella a sviluppare una prossimità ideale con le giurisprudenze, che ben può portare alla svalutazione del ruolo di altri formanti, *in primis* quelli tipici del diritto politico, e quella alla valorizzazione della Costituzione come *Carta dei diritti* e, quindi, del diritto costituzionale come partizione degli studi giuridici dedicata essenzialmente ai modi di tutela dei diritti fondamentali, e non anche ad altri pur connessi ambiti materiali.

Di qui, alcune esiti suscettibili di essere colti in chiave problematica.

Anzitutto, l'accettazione del contenimento del dibattito accademico entro i confini dello studio degli orientamenti giurisprudenziali e delle

¹¹ Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Rivistaaic.it*, 2006, ed in particolare la sottolineatura della «precisazione decisiva di quale sia il reale statuto dei diritti: senza un potere che li garantisca i diritti sono mere ipotesi o vane speculazioni, perché la pretesa dell'uno può prevalere sulla contrapposta pretesa dell'altro soltanto a condizione che un terzo, superiore (in forza, ancorché non in dignità), assegni la ragione e il torto».

loro evoluzioni talvolta tradisce (e talaltra implica) una svalutazione del momento della decisione *politica* sui diritti e sulle questioni sensibili che li riguardano. Del resto, non può negarsi che molte delle più spinose e controverse questioni coinvolgenti aspettative di tutela di diritti fondamentali, o di qualificazione di diritti *come* fondamentali, siano oggi notoriamente risolte dai giudici. D'altra parte, i decisori politici non possono o non vogliono occuparsene e le corti, invece, non sono autorizzate a sottrarsi, sicché ad esse tocca la «supplenza nel colmare vuoti non sopportabili dalla coscienza collettiva»¹². Tale assetto, però, può essere rilevato come esistente ma non per questo deve essere accettato in modo acritico, poiché lo sganciamento della decisione dal circuito democratico ostruisce, e rischia persino di interrompere, i sentieri della responsabilità politica, così contribuendo alla ulteriore deresponsabilizzazione del circuito parlamento-governo ed alla crescente disaffezione dell'opinione pubblica per le sedi istituzionali di decisione collettiva, peraltro già sufficientemente delegittimate¹³.

In secondo luogo, lo spostamento di fuoco verso gli orizzonti multi-livello della tutela processuale dei diritti tende a svalutare le diversità, pur esistenti, tra la Costituzione, la Convenzione europea ed il diritto dell'Unione; ciò, naturalmente, non tanto sul piano delle caratteristiche formali della fonte che, di volta in volta, viene in considerazione, quanto su quello strettamente contenutistico. Si dimentica, insomma, anzitutto che alla stessa *formula linguistica* ben possono corrispondere oggetti diversi (non è ovvio, ad esempio, che la *libertà di espressione*, protetta da tante *Carte* sia, per ciascuno degli ordinamenti di riferimento, la stessa *cosa*, ovvero un diritto con identica portata normativa), e si rischia di incorrere in una sorta di *frode delle etichette* le cui conseguenze sono imprevedibili: nessun utile dialogo può realizzarsi, infatti, se i supposti dialoganti seguitano ad indicare *cose* diverse con le stesse *parole*.

Vi è, poi, un effetto probabilmente più *di lungo periodo*, che forse si apprezza con maggiore difficoltà con riferimento a casi singoli, ma che ciò nonostante mi sembra meriti di essere evidenziato. Concentrare il

¹² P. GROSSI, *Crisi del diritto oggi*, in *Dir. e soc.*, 2011, pp. 44 ss.

¹³ La tendenza al *riposizionamento* della giurisdizione rispetto alla legislazione (e, quindi, alle fonti di matrice *politica*) non costituisce certo una *novità*; eppure, si tratta di un aspetto in costante crescita e tutt'altro che sganciato dagli atteggiamenti culturali degli interpreti, che anzi contribuiscono, almeno in via tendenziale, a legittimarlo; cfr. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivistaaic.it*, 3/2012.

dibattito e le aspettative sulla tutela giurisdizionale dei diritti significa anche accordare un implicito *favor ad alcuni* diritti, cioè quelli che, per varie ragioni, sono più facilmente tutelabili all'interno di adeguati *contenitori* processuali. I diritti più difficilmente azionabili rischiano però, in questo modo, un significativo ridimensionamento della loro portata pratica, che non di rado produce conseguenze sensibili sulla forma di Stato. Basti, a questo proposito, l'eclatante esempio dei diritti sociali, che qualche *Carta* neppure tutela espressamente (la CEDU¹⁴) e che quasi sempre necessitano, per la loro effettiva garanzia, della destinazione strutturale di risorse che possono essere assicurate in modo efficiente e veramente indiscriminato solo dell'attuazione politica della norma che riconosce il diritto, non essendo sufficiente – in termini ordinamentali – la sua applicazione giudiziale¹⁵, né essendo le prospettive della Costituzione e delle istanze di protezione sovranazionali perfettamente sovrapponibili¹⁶.

Infine, non può tacersi il prezzo che la tutela per lo più giurisdizionale dei diritti fondamentali impone di pagare in termini di certezza. Negli ordinamenti continentali – e, per quanto qui specificamente interessa, nel nostro – la principale ragione della non fungibilità tra la tutela offerta dal legislatore e quella assicurata dal giudice (comune) è data dall'efficacia evidentemente diversa della sentenza e della legge: la prima vale, salvo eccezioni, tra le parti, e non è raro (né, naturalmente, illecito) che giudici diversi decidano in modo differente, aprendo la strada ad un mosaico di variegate gradazioni di tutela dello stesso diritto che la legge potrebbe più utilmente arginare o, insomma, *governare*. Né deve dirsi che la certezza del diritto, non potendo mai essere raggiunta

¹⁴ La Corte di Strasburgo ha tuttavia, attraverso i propri percorsi giurisprudenziali, immaginato ed utilizzato strumenti di tutela, ancorché indiretta e dunque meno stabile, di alcuni diritti sociali; cfr. C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in www.giurcost.org, 2015 e A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in *Gruppodipisa.it*, 2012.

¹⁵ P. CARETTI, *Considerazioni conclusive*, in E. CAVASINO, G. SCALE, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Editoriale scientifica italiana, Napoli, 2013, pp. 613 ss.

¹⁶ Più autori hanno, negli ultimi anni, evidenziato la diversa sensibilità delle Corti europee e dei giudici nazionali – almeno di quelli italiani – di fronte all'impatto che la crisi economica ha avuto ed ha tuttora su alcuni diritti sociali particolarmente *onerosi*; cfr. C. PANZERA, *op. ult. cit.*; A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunto per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 1/2014, pp. 79 ss.; A. DI PASCALE, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea: diritti fondamentali?*, in *Riv. dir. intern.*, 2014, pp. 1148 ss.; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivistaaic.it*, 4/2013.

in termini *assoluti*, debba allora risolversi in una banale narrazione rassicurante; si tratta, piuttosto, di un obiettivo sì tendenziale, ma cruciale, non solo perché «essenziale per il sistema delle fonti»¹⁷ e «fondamentale per il funzionamento dello Stato democratico»¹⁸, ma, prima ancora, perché connaturato all'essenza del fenomeno giuridico: «il diritto o è certo» – scriveva Norberto Bobbio – «o non è neppure diritto»¹⁹.

La tendenza a valorizzare la Costituzione quale *Carta dei diritti* – come *una delle Carte dei diritti* – produce, infine, due ulteriori significativi effetti, tra loro irrelati.

Il primo è dato dalla tendenziale svalutazione di quelle parti della Costituzione che non disciplinano direttamente i diritti, ma i principi, i doveri e (soprattutto) l'organizzazione dei poteri. Del resto, l'attitudine a *spezzare in due* il documento costituzionale ed a riconoscere alla sua seconda parte natura strutturalmente ancillare è ben dimostrata anzitutto da certa politica che, nel rispondere alle critiche mosse ai progetti di riforma costituzionale, ostenta la limitazione delle auspiccate innovazioni alla sola seconda parte della Costituzione, dimenticando che il *livello* di protezione dei diritti non è né può essere indipendente dal *modo* in cui sono organizzati i poteri. Diversamente opinando si incide, nel tentativo di raggiungere obiettivi politici (e gli obiettivi politici, naturalmente, sono tutti discutibili), sul concetto stesso di Costituzione, almeno nel senso che si è abituati ad attribuire al termine in epoca moderna, legato sin dall'art. 16 della *Dichiarazione* del 1789 alla coesistenza tra le istanze di protezione di *alcune* situazioni giuridiche soggettive e la separazione dei (e quindi l'organizzazione del rapporto tra i) poteri.

Il *ripiegamento* della Costituzione sul solo ambito della protezione dei diritti fondamentali, poi, non implica, ma certamente può favorire l'assimilazione alla Costituzione stessa di altri documenti giuridici contenenti dichiarazioni di diritti, che vengono in questo modo ad assumere, in taluni ragionamenti dei giuristi, natura quasi-costituzionale o pseudo-costituzionale. Certamente, cioè, si riconosce che si tratta di *Carte* che non hanno il rango gerarchico della Costituzione, ma tuttavia, *nella buona sostanza*, esse pure sembrano proteggere i diritti in modo

¹⁷ Corte cost. n. 13/2012.

¹⁸ Corte cost. n. 422/1995.

¹⁹ Cfr. N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1951, pp. 150 ss.

analogo, o almeno sufficientemente simile, alla Costituzione – o proteggono diritti simili a quelli garantiti dalla Costituzione – e quindi ad essa potrebbero, in linea di massima, essere accomunate. Considerazioni di questo genere, ad esempio, sono valse da propulsore per il formidabile incremento della rilevanza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nelle dinamiche interne di tutela dei diritti, nonché nel giudizio di costituzionalità delle leggi, se è vero che si è spesso riconosciuta alla CEDU natura «materialmente»²⁰, se non addirittura «irresistibilmente»²¹, costituzionale; affermazioni di simile tenore hanno poi riguardato, più di recente, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, di cui da ultimo la Corte costituzionale ha affermato la natura «tipicamente costituzionale»²², e d'altra parte in dottrina emerge in modo progressivamente sempre più evidente la tendenza a ricercare la giustificazione ultima della Costituzione proprio nella sua idoneità al costante dialogo con le Carte internazionali, conseguentemente qualificate come «documenti parimenti costituzionali *quoad substantiam*»²³.

3. La tecnica oltre il mito. Corto-circuiti del (supposto) sistema di tutela multilivello e strumenti di gestione del conflitto

Sino ad ora si è inteso evidenziare alcune conseguenze – quelle che sono sembrate le più dirompenti dal punto di vista anzitutto metodologico – dell'avvento delle logiche multilivello. È utile, però, adesso spostare il fuoco sul connesso piano dell'efficacia e dell'effettività della tutela che la concezione multilivello assicura: è questo, del resto, il terreno sul quale, in fondo, si può davvero sperare di *misurare* la tenuta del sistema.

²⁰ Cfr. E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, pp. 955 ss.

²¹ Cfr. F. BILE, *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2006*, in *Cortecostituzionale.it*; A. DI MARTINO, *L'efficacia delle sentenze della Corte EDU nel diritto interno: proposta per una soluzione interpretativa del contrasto tra giudicati alla luce di una pronuncia del Bundesverfassungsgericht*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007.

²² Corte cost. n. 269 del 2017, su cui si tornerà nelle conclusioni.

²³ A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivistaaic.it*, 2013.

Va a questo proposito immediatamente osservato che il *sistema* multilivello dei diritti non è tale per ragioni strutturali o men che mai ontologiche, ma se (e solo se) i raccordi tra le istanze giurisdizionali di protezione operano in modo funzionale, riuscendo a convergere, in ipotesi, verso il medesimo obiettivo, o almeno verso obiettivi consonanti.

Se occorre allora guardare anzitutto agli *strumenti* del dialogo, è conseguente la necessità di distinguere i rapporti tra l'ordinamento interno e quello dell'Unione europea (e la Corte di Giustizia), e quelli con il diritto invece convenzionale (e la Corte di Strasburgo). Nel primo caso, infatti, la *comunicazione* tra i giudici nazionali e la Corte di Lussemburgo è instradata lungo binari identificabili, poiché il rinvio pregiudiziale è strumento di diritto processuale peraltro facilmente utilizzabile dal giudice italiano, anche solo perché riproduttivo, in ultima analisi, di uno *schema* non del tutto ignoto²⁴. Nel secondo caso, invece, il *dialogo* non è affidato ad atti processuali, ma, in definitiva, alla *buona volontà* dei protagonisti, che devono *leggersi*, comprendersi e, magari, venirsi (in qualche modo ed in qualche misura) incontro. Inoltre, i rapporti con il diritto dell'Unione europea sono caratterizzati da un percorso di integrazione intrapreso da tempo, molto più sviluppato sul piano istituzionale e da una maggiore cedevolezza del diritto interno; sicché mentre l'intera Costituzione prevale sulla CEDU, soltanto i cc.dd. controlimiti costituiscono, come noto, l'ultima *resistenza* di fronte alla crescente pervasività del diritto dell'Unione europea.

Ne consegue che, quando i meccanismi del dialogo si *inceppano*, poiché le Corti non vogliono o non possono proseguire ad utilizzarli, il diritto dell'Unione – teoricamente dotato dei dispositivi più idonei a penetrare nel tessuto dell'intero ordinamento nazionale – conosce strumenti che, al variare del modo in cui vengono orientati, possono non solo prevenire, ma anche aiutare a comporre il conflitto; lo stesso ragionamento, invece, non si può applicare al diritto convenzionale, rispetto al quale le eventuali contrapposizioni emergono più nettamente e dal semplice contrasto tra le pronunce dei giudici nazionali e quello di Strasburgo.

²⁴ È noto, a questo proposito, che anche se le analogie non possono spingersi oltre ragionevolezza, è senz'altro vero però che il giudizio incidentale sulle leggi italiane ha rappresentato uno dei principali modelli ispiratori per il redatto dell'art. 177 TCEE; specificamente sul punto cfr. T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009, cap. I.

Due molto note vicende tratte dalla più recente giurisprudenza costituzionale – il caso Taricco, quanto ai rapporti con il diritto dell’Unione, e la ridefinizione dei rapporti tra giurisprudenza nazionale e sovranazionale avvenuta con la sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale – possono aiutare a comprendere le dinamiche cui si è appena accennato.

Quanto al primo caso, la vicenda in sé è piuttosto nota e può dunque essere riassunta per sommi capi. Sollecitata da un giudice comune con rinvio pregiudiziale, la Corte di Giustizia ha affermato il dovere per il giudice nazionale di disapplicare, in presenza di alcune condizioni indicate dalla sentenza stessa, alcune norme del codice penale in materia di prescrizione, anche con effetti sfavorevoli per l’imputato, laddove dalla loro applicazione potesse derivare la sostanziale impunità di alcune gravi frodi fiscali suscettibili di offendere gli interessi finanziari dell’Unione²⁵. Proprio mentre una sezione della Cassazione dava sostanziale esecuzione al *dictum* europeo²⁶, altro giudice investiva la Corte costituzionale della q.l.c. avente ad oggetto l’art. 2 l. n. 130/2007, che ordina l’esecuzione del TFUE, nella parte in cui impone di applicare nell’ordinamento interno gli artt. 325 e 2 del Trattato stesso nell’interpretazione fornite dalla Corte di Giustizia; si chiedeva insomma, in sostanza, alla Corte di azionare i cc.dd. controlimiti²⁷, facendo valere la natura di principio supremo dell’ordinamento nazionale del principio di legalità penale. La Corte costituzionale ha *risposto* con una pronuncia a propria volta interlocutoria, sollecitando la Corte di Lussemburgo a tornare sulla questione fornendo un’interpretazione *autentica* della propria precedente decisione, che consentisse di armonizzarne gli effetti con i principi fondanti l’ordinamento interno, limitandone se possibile l’*impatto* e, se si consente l’espressione, correggendo il tiro²⁸. Nonostante le conclusioni dell’avvocato generale non lasciassero ben sperare²⁹, come noto ciò è esattamente quanto avvenuto con la sentenza 5

²⁵ Causa C-105/14, 8 settembre 2015, *Taricco*.

²⁶ Cass. pen., III sez., 17 settembre 2015, *Pennacchini*.

²⁷ App. Milano, II sez. pen., ord. 18 settembre 2015.

²⁸ Corte cost. n. 24/2017.

²⁹ Conclusioni 18 luglio 2017, C.42/17; a commento v. A. RUGGERI, *Le conclusioni dell’avvocato generale sul caso Taricco: aspettando la Corte di Giustizia... il dialogo (non) continua*, in *Dir. pen. contemp.*, 2 ottobre 2017; ID., *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, *ibid.*; O. POLLICINO, M. BASSINI, *The Opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven «Deadly» Sins and a Modest Proposal*, *ibid.*

dicembre 2017 (C-42/17), che, pur a prezzo di inevitabili forzature e di qualche finzione, ha dimostrato apertamente la volontà della Corte di Giustizia di disinnescare il conflitto, potenzialmente dirompente, i cui termini erano stati adombrati dalla Corte costituzionale³⁰.

Non è semplice aggiungere rilevanti considerazioni alle molte che già, quanto alle questioni sostanziali poste dal caso, autorevole dottrina ha svolto. Preme, piuttosto, sottolineare qualche profilo più strettamente inerente al ragionamento che in questa sede si viene sviluppando.

Anzitutto sui controlimiti, la vicenda in esame ha certamente dimostrato che il loro abituale confino entro lo spazio riservato alle opzioni puramente teoriche è stato, negli scorsi anni, quanto meno sbrigativo. È vero che, in effetti, il Consiglio di Stato già aveva tentato di farli valere in una più sfortunata precedente occasione, ma certamente si era trattato di un caso di minore impatto, evocativo di questioni sostanziali meno impegnative³¹; oggi invece i controlimiti, lungi dal potersi ancora qualificare come un esercizio accademico probabilmente degno di miglior causa, hanno dimostrato tutta la loro consistenza e la loro valenza pratica, ed è questo un primo dato degno *in sé* di attenzione.

In secondo luogo, lo strumento del rinvio pregiudiziale ha mostrato una polivalenza forse non ispirata al massimo rigore teorico, ma senz'altro molto utile sul piano dei rapporti istituzionali. Si deve ammettere, infatti, che la sentenza *Taricco* della Corte di Giustizia, ad una piana lettura del testo, già risultava dotata di conclusioni (magari non condivisibili, però) accessibili, sicché senz'altro essa non necessitava di alcuna *interpretazione autentica*, né occorreva effettivamente precisarne la portata; piuttosto, la possibilità di utilizzare in quest'ottica il rinvio pregiudiziale ha consentito alla Corte costituzionale un ultimo tentativo di salvaguardare i rapporti con l'ordinamento dell'Unione, rinviando l'innesto dei controlimiti e offrendo alla Corte di Giustizia una preziosa occasione per *propiziare la pace*.

Come già osservato, è invece più complessa – o comunque diversa – l'amministrazione del conflitto laddove, come nel caso dei rapporti con la Corte di Strasburgo, non vi siano raccordi processuali³²; soccor-

³⁰ Sul punto cfr., volendo, M. NISTICÒ, *Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti*, in *Osservatorio AIC*, 1/2018.

³¹ Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207.

³² Almeno, naturalmente, per adesso, poiché come noto il quadro potrebbe mutare con l'entrata in vigore del protocollo n. 16, adottato dal Consiglio dei Ministri nel luglio del 2013

rono, in questa ipotesi, tecniche per certi versi più raffinate, ma in qualche caso anche più *esplosive*. Certamente, infatti, l'impostazione gerarchica dei rapporti tra Costituzione e CEDU – in cui la prima prevale, e per intero, sulla seconda – non basta a risolversi tutti i problemi, intanto perché la Convenzione è (anche) parametro interposto nel giudizio di legittimità delle leggi e, poi, perché la portata del diritto convenzionale *vivente* è costantemente definita dalla giurisprudenza di Strasburgo, il cui raggio d'azione è irrobustito da vari fattori, tra cui spicca quello legato all'assenza di un *legislatore* della CEDU, che dunque non viene mai *attuata*, ma sempre *applicata*³³.

Diviene allora cruciale anzitutto l'intensità del vincolo che si ritiene gravi su un giudice in ragione dell'attività dell'altro: quanto, insomma, *pesa* la giurisprudenza della Corte EDU per i giudici (comuni e costituzionale) italiani. Non è un caso, del resto, se proprio su questo punto si è giocata, negli ultimi anni, la partita più importante nei rapporti con la Corte costituzionale, e probabilmente non è un caso nemmeno il fatto che la Corte costituzionale non abbia inteso *imbrigliarsi* affermando

ed aperto alla firma degli Stati nell'ottobre dello stesso anno, prevista per l'agosto del 2018 (D. MARTIRE, *Il Protocollo n. 16 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali entra finalmente in vigore*, in *Diritticomparati.it*, 2018). Il protocollo, in sintesi, prevede la possibilità che alcuni giudici nazionali (indicati da ciascuno Stato) possano richiedere, prima di spogliarsi del potere di decidere, alla Corte EDU un parere consultivo su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti definiti dalla Convenzioni e dai suoi (altri) protocolli; se simile meccanismo dovesse iniziare a funzionare è ragionevole ipotizzare una qualche ridefinizione dei rapporti tra le giurisdizioni, anche se ad oggi troppi profili restano a mio avviso oscuri (l'individuazione delle giurisdizioni abilitate a richiedere il parere, dei casi in cui la richiesta possa o debba considerarsi obbligatoria, l'efficacia formale e sostanziale del parere reso, il suo *seguito* in caso di *ribellione* del giudice nazionale) per poter seriamente valutare in che termini detta ridefinizione potrebbe avvenire. Sul punto in ogni caso cfr. V. SCIARABBA, *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Rivistaaic.it*, 1/2017; F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *Federalismi.it*, aprile 2016; R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *id.*, 3/2014; R. CONTI, *La richiesta di parere consultivo alla Corte europea delle Alte Corti introdotta dal protocollo n. 16 annesso alla CEDU si affianca al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, in *Europeanrights.eu*.

³³ Sulla differenza tra l'attuazione e l'applicazione di un documento normativo, ed in specie di una Costituzione, con particolare riferimenti ai poteri ed agli apparati cui l'una e l'altra sono affidate, cfr. per tutti M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivistaaic.it*, 1/2013.

una volta per tutte ed in modo chiaro – ma vincolante per il futuro – quale debba ritenersi l'efficacia delle sentenze della Corte EDU³⁴.

In simile e tanto complesso contesto, mancando meccanismi di raccordo diretto (e quindi) processuale, i contrasti sono forse tendenzialmente prevenibili, ma di certo non del tutto evitabili, sicché la loro composizione passa di necessità attraverso l'uso sapiente delle tecniche argomentative di espressione prima, e di gestione poi, del dissenso. Esse sole, cioè, possono favorire la formazione di strumenti di disobbedienza non piccata né autoreferenziale, ma piuttosto *funzionale*, e perciò interna alle logiche del dialogo³⁵. La Corte italiana ha, almeno sino ad ora, maneggiato simili strumenti con apprezzabile competenza, badando anzitutto a rap(presentare) i contrasti in termini non forzatamente

³⁴ La Corte ha infatti da *subito* (dal 2007) affermato, da un lato, che la verifica di compatibilità a CEDU (e quella della CEDU con la Costituzione) deve riguardare non le disposizioni della convenzione, ma il diritto *vivente*, precisando però anche come, d'altro lato, l'eccessiva valorizzazione della giurisprudenza di Strasburgo possa comportare il rischio di smarrire l'orizzonte sistemico di riferimento, che, per la Corte costituzionale, non può che essere quello ordinamentale (così già Corte cost. n. 348 e 349 del 2007). Nel periodo immediatamente successivo è parso, però, che la Corte costituzionale volesse invitare i giudici nazionali, ed anche se stessa, a *schacciarsi* forse troppo sulle interpretazioni della Corte EDU (Corte cost. n. 311 del 2009, 39 del 2010 e 80 del 2011), quasi si dovesse vivere all'ombra del giudice di Strasburgo (P. TANZARELLA, *Il «caso Dorigo» paradigma dei rapporti ordinamentali tra Roma e Strasburgo*, in *Studium iuris*, 2012, pp. 291 ss., spec. 296). Di qui una fase ancora diversa, in cui la Corte ha parzialmente invertito la rotta, dapprima affermando di poter «valutare come il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisce nell'ordinamento costituzionale italiano» (Corte cost. n. 236 del 2011), e poi di essere abilitata anche ad interpretare a propria volta la disposizione convenzionale, sia pure «nel rispetto sostanziale della giurisprudenza [europea] formatasi a riguardo» (Corte cost. n. 303 del 2011). C'è qui un evidente *equilibrisimo* che tradisce il tentativo, del resto non facile, di tenere insieme il rispetto almeno formalmente dovuto alle pronunce della Corte europea e, d'altra parte, la necessità di salvaguardare un minimo margine di azione a livello invece nazionale. Non è facile, infatti, distinguere precisamente la *sostanza* di una pronuncia, o di un filone giurisprudenziale, da quel che invece *sostanza* non è, e la presenza delle peculiarissime *sentenze pilota* – con cui pure la Corte si è confrontata (Corte cost. n. 210 del 2013) – probabilmente complica ulteriormente il quadro di riferimento, per non dire dell'eventualità che la Grande Camera ribalti gli esiti di una pronuncia resa in primo grado, venendo a costituire, per usare le parole della Corte costituzionale, «un *novum* che influisce sulla questione» pendente (Corte cost. n. 150 del 2012) né della necessità di distinguere, a rigore, tra sentenze che condannano l'Italia e sentenze che, ad esempio, condannano altri Stati per normative o prassi giudiziali analoghe o comunque simili a quelle italiane.

³⁵ Sull'applicabilità della nozione di disobbedienza funzionale, elaborata nell'ambito degli studi intorno al buon *management*, ai rapporti tra le Corti cfr. G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e «disobbedienza funzionale»*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2/2015, pp. 303 ss.

gerarchici *quanto meno* in tutte le ipotesi in cui ciò è stato ragionevolmente possibile.

La Corte costituzionale tende, cioè, a non rimarcare la *propria* supremazia sulla Corte di Strasburgo, evitando quando possibile di trasferire sul piano dei rapporti tra Corti le logiche più *geometriche* che invece caratterizzano i rapporti tra fonti. Insomma la Consulta evita se possibile di collocarsi al di *sopra* (o al di *sotto*) della Corte europea, o almeno evita di farlo a chiare lettere, preferendo *scartare di lato* e porsi piuttosto *accanto* ad essa, evidenziando le notevoli differenze tra l'angolo prospettico dal quale muove il proprio intervento e quello, invece, per molti versi più ristretto, che conforma l'azione della Corte europea. Il giudice costituzionale, infatti, non si sostituisce (afferma di non sostituirsi) alla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione della Convenzione – nell'indicare la *corretta interpretazione* della Convenzione – ma assume rispetto ad essa una visuale più ampia, non parcellizzata, unitaria e non isolata: un orizzonte non limitato alla migliore tutela di un solo diritto, ma, in una parola, *sistemico*³⁶. L'argomentazione ha formidabili implicazioni teoriche, e la dottrina più attenta ad essa ha già osservato la potenziale ridefinizione del paradigma concettuale della tutela dei diritti umani fondamentali che essa racchiude³⁷. In questa sede, però, interessa soprattutto evidenziare il tentativo della Corte italiana di riservare a se stessa un minimo spazio di manovra rispetto alla giurisprudenza di Strasburgo, senza però (dover) rinunciare ai buoni rapporti con la Corte europea; il tentativo quasi di preservare

³⁶ Esempio per chiarezza l'esposizione di questa argomentazione in Corte cost. n. 264/2012, che torna sull'annosa questione delle *pensioni svizzere*, in cui dapprima si afferma che «il giudice delle leggi non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte di Strasburgo, con ciò superando i confini delle proprie competenze in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione, esso però è tenuto a valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano», per poi affermare le prevalenze, appunto, di esigenze *interne* non adeguatamente considerate dalla Corte europea nelle proprie decisioni in materia di compatibilità a Convenzione di leggi retroattive in materia previdenziale (sul punto cfr. A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto i rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale*, in *Giurcost.org*).

³⁷ Cfr. G. PALOMBELLA, *La politica come limite al diritto? Contrasti normativi oltre lo Stato*, Napoli, 2018, pp. 10 ss.

un *margin*e di apprezzamento statale evidenziabile dal giudice costituzionale in tutti i casi in cui quello convenzionale non abbia voluto o saputo riconoscerlo.

Tuttavia, qualche volta non è proprio possibile *smarcarsi* dalla giurisprudenza convenzionale semplicemente valorizzando la differenza tra il proprio peculiare punto di vista e quello della Corte di Strasburgo. Quando ciò si verifica la strategia deve inevitabilmente cambiare, ed occorre *tornare* a mettere ordine tra le fonti oltre che (o prima che) tra le Corti. Un'operazione di questo genere, ad esempio, è stata a mio avviso in modo evidente compiuta con la sen. n. 49/2015 della Corte costituzionale, che ha ricordato il dovere per il giudice comune di preferire l'interpretazione conforme a Costituzione a quella conforme a Convenzione in tutti i casi in cui le due direttrici interpretative spingano verso soluzioni di segno opposto o comunque diverse. Il fondamento di detto dovere, infatti, è secondo la Corte costituzionale da ricercare nel «predominio ... della Costituzione sulla CEDU», cioè appunto in un criterio ordinatore tra fonti. Certamente, la Corte costituzionale qualifica questa posizione di supremazia come *assiologica* e non logico-formale, ma la regola che il giudice comune deve comunque osservare ha portata identica: non rileva, cioè, l'intima natura della posizione di superiorità della Costituzione rispetto alla Convenzione, ma appunto detta collocazione in sé.

4. La ricerca di una sintesi efficace tra i diversi livelli. L'insufficienza strutturale del criterio della massimizzazione della tutela

Il contesto appena descritto risulta senz'altro dotato di una certa per molti versi inevitabile complessità; proprio questa caratteristica, del resto, rende le dinamiche della tutela multilivello tanto affascinanti agli occhi del cultore.

Se si prova, invece, a compiere il necessario sforzo di porsi dall'angolo visuale del giudice, più che dello studioso, emergono senz'altro talune deficienze strutturali che non sempre possono essere risolte, o anche semplicemente *bypassate*, attraverso ricostruzioni ingenuamente ireniche dei rapporti tra i livelli di tutela. Ad esse manca infatti, oltre alla costruzione un modello omogeneo di protezione dei diritti in grado

di prevenire il disorientamento degli operatori meno specializzati³⁸, l'affermazione in termini effettivamente convincenti di un criterio o di una somma di criteri da utilizzare per ricomporre eventuali *fughe* derivanti dalla coesistenza di tecniche di tutela e di indirizzi interpretativi non sovrapponibili, eppure tutti suscettibili, almeno astrattamente, di trovare applicazione in relazione al medesimo caso o al medesimo insieme di casi.

In linea teorica, infatti, la necessaria o comunque auspicabile composizione ermeneutica dei diversi *indirizzi* di tutela potrebbe, o dovrebbe, avvenire secondo il *supercriterio* o *metacriterio* della *tutela più intensa* o, come anche si dice, della *massimizzazione* della garanzia dei diritti: questo sarebbe, insomma l'obiettivo, ed il dialogo, con i suoi più o meno raffinati ed efficienti strumenti, il *mezzo* per il suo raggiungimento³⁹. Indicazioni di questo genere, del resto, possono rinvenirsi anche sul piano normativo, in qualche caso implicitamente – come dovrebbe accadere, secondo la ricostruzione appena ricordata, per la Costituzione – ed in altri esplicitamente, come senz'altro accade con riferimento all'art. 53 della Carta dei diritti dell'Unione⁴⁰. E tuttavia l'affermazione secondo cui, in presenza di *spinte* provenienti da diversi *livelli* di tutela e diversamente orientate, debba prevalere la soluzione che offre la massima garanzia possibile dei diritti fondamentali, rischia di risultare tanto inattaccabile sul piano astratto quanto inefficace su quello concreto.

³⁸ Parte della dottrina ha opportunamente evidenziato che la coesistenza di più modelli di protezione dei diritti fondamentali (uno *misto*, tutto interno e basato sul giudizio incidentale sulla legge devoluto alla cognizione della Corte costituzionale, uno se si vuole *accentrato* ma particolarissimo, che culmina in un risarcimento del danno improduttivo di effetti diretti sull'atto interno, ed uno diffuso incentrato sui meccanismi della disapplicazione e del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia) ingenera comprensibile confusione nei giudici comuni, sicché ben potrebbe rivelarsi opportuna una scelta per certi versi rivoluzionaria, che passasse attraverso l'instaurazione di un modello *duale* ma omogeneo, in grado di restituire ai giudici comuni una piattaforma comune nella quale inquadrare ogni questione relativa alla protezione dei diritti fondamentali, a prescindere dal *livello* di volta in volta interessato. Cfr., specificamente su questo punto, la proposta di R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *Forumcostituzionale.it*, 2014.

³⁹ Cfr. A. RUGGERI, *Maggiore o minore tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *Giurcost.org*, n. 1/2015.

⁴⁰ Cfr. A. RUGGERI, *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti: XIX. Studi dell'anno 2015*, Torino, 2016, pp. 533 ss.

Astrattamente, infatti, si tratta di una ricostruzione rispetto alla quale nessuno può, almeno in prima approssimazione, seriamente dissentire. Nessuno, cioè, potrebbe affermare che debba percorrersi una strada che conduca il giudice ad offrire una tutela *mediocre*, o addirittura *scadente*, dei diritti fondamentali, essendo invece ovvio che sia preferibile assicurare, nei limiti dell'umanità possibile, un livello *ottimo* di garanzia dei diritti. Concretamente, però, la maggior parte delle questioni davvero complesse che coinvolge le aspettative di tutela dei diritti fondamentali non può essere utilmente risolta garantendo la massima tutela ad un diritto, poiché il tratto effettivamente problematico riguarda i *rapporti* di detto diritto con altri *diritti*, con i *diritti degli altri*, o con il raggio di azione di uno o più principi pure meritevoli di tutela. Si prenda ad esempio il caso ILVA, a tutti noto: evidentemente esso non può essere risolto accordando la massima tutela possibile al diritto alla salute, né accordando la massima tutela possibile al diritto al lavoro, poiché in entrambi i casi la neutralizzazione assoluta del diritto presente risulterebbe giuridicamente inaccettabile. E si potrebbe naturalmente continuare, domandandosi se, ad esempio, debba in ogni circostanza (concretamente verificatasi o anche solo immaginabile) prevalere il diritto all'autodeterminazione o quello alla salute, se di fronte ad un rapporto genitoriale instaurato illecitamente debbano prevalere le esigenze della legalità o l'interesse del minore⁴¹, se le facoltà del proprietario debbano retrocedere, ed a che condizioni, di fronte al diritto all'abitazione del conduttore o ad interessi generali che giustifichino l'espropriazione, ovvero come debbano regolarsi – per ricordare un caso a mio avviso molto significativo di una certa evoluzione della tutela multilivello – i rapporti tra i diritti dei lavoratori e le libertà del capitale⁴².

⁴¹ È la questione, assai drammatica, che si pone nei casi – come quello *Paradiso e Campanelli c. Italia*, affrontato dalla Corte EDU – in cui il minore sia nato da gestazione per altri ed i genitori sociali intendano assicurare nell'ordinamento interno, che pure considera la surrogazione un reato, gli effetti giuridici della genitorialità acquisita per committenza.

⁴² È noto, che, sul punto, la Corte di giustizia dell'Unione ha mostrato, sin dalle sentenze *Laval e Viking* del dicembre 2007, una sensibilità molto peculiare e probabilmente più sbilanciata a favore delle libertà economiche rispetto a quella tipica dei giudici nazionali italiani; sul punto cfr., da ultimo, M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Giappichelli, Torino, II ed., 2017, spec. cap. II, e, con specifico riferimento alla mancata prevalenza, nei bilanciamenti usualmente realizzati dalla Corte di giustizia dell'Unione, dei diritti sociali, cfr. R. BIN, *Il processo costituente dell'Unione europea*, in M. DOGLIANI, R. BIN, L. MARTINEZ DALMAU, *Il potere costituente*, Napoli, 2017, pp. 53 ss., disponibile in *Robertobin.it*.

Nelle molte ipotesi di questo genere, che sono in fondo i veri *hard cases*⁴³, la soluzione prescelta e praticata – sia essa condivisibile o meno – non può essere quella risultante dalla semplice massimizzazione della tutela dei diritti, poiché essa implicherebbe una minimizzazione della tutela di diritti compresenti o di principi confliggenti che quasi mai potrebbe essere giustificata in diritto. Non si tratta, insomma, semplicemente di *riconoscere* i diritti come fondamentali, ma piuttosto di *decidere* come li si deve bilanciare, su quali binari, con quali argomenti e soprattutto con quale sensibilità. Vi è, invero, di più: non è infatti escluso che il semplice riconoscimento di un diritto come fondamentale possa servire proprio a poterlo ricomprendere nel raggio d'azione del bilanciamento con altro diritto, magari destinato a prevalere: questa, ad esempio, la logica – o, meglio, la *strategia* – seguita dalla Corte di giustizia con i diritti sindacali al fine di poterli inserire nel bilanciamento con le libertà economiche.

5. Le buone ragioni dei riposizionamenti della Corte costituzionale

Se si assume simile punto di vista, la questione più problematica non riguarda i rapporti con la Corte EDU, ma piuttosto quelli con la Corte di giustizia.

Le argomentazioni connesse al diverso angolo prospettico delle due Corti e, nei casi in cui sia necessario, al diverso rango delle fonti, tanto *utili* nei rapporti con la Corte di Strasburgo, non possono essere automaticamente *trasportate* sul piano dei rapporti con quella di Lussemburgo, rispetto ai quali, invece, bisogna *puntare* su altri strumenti, ed in specie su un uso sapiente ed accorto del rinvio pregiudiziale e su un dialogo con il giudice (non solo europeo, ma piuttosto ed anzitutto) nazionale che consenta di impostare una trama di rapporti nel quale la Corte costituzionale non rischi di trovarsi *fuori dai giochi*.

⁴³ L'espressione «casi difficili», diffusa nella letteratura anglosassone (H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. a cura di M.A. CATTANEO, Torino, 1965; A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2006), è invero piuttosto ambigua, potendo indicare oggetti abbastanza differenti (E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, pp. 242 ss.); la si intende, qui, nel suo significato embrionale, come volta cioè ad indicare quei casi la cui risoluzione non è immediata e richiede all'interprete-applicatore un apprezzabile sforzo intellettuale ed argomentativo.

In questo senso, mi pare anzitutto debba essere confermata la bontà dell'opinione di chi ha salutato con favore la scelta della Corte costituzionale, dapprima nel solo giudizio principale e, dal 2013, anche in quello incidentale, di considerare se stessa legittimata al rinvio pregiudiziale, in questo modo ponendo se non altro le basi per un *dialogo* diretto e processuale con la Corte di giustizia. Si potrà, poi, naturalmente discutere del *modo* in cui il rinvio viene utilizzato dalla Corte – come è accaduto per l'ord. 24/2017, una delle *tappe* del caso Taricco – ma bisognerà pur sempre ammettere che, se la Corte costituzionale non avesse rinunciato al proprio isolazionismo, sarebbe stato molto più difficile, e forse impossibile, assicurare una composizione relativamente pacifica dei contrasti presenti ed eventualmente di quelli che dovessero porsi in futuro.

In secondo luogo, mi pare si debba con più attenzione riflettere sul fatto che la Corte ha il dovere istituzionale di adoperarsi affinché le *questioni sui diritti* non siano affrontate e risolte *bypassando* la sede nella quale, secondo le logiche dell'ordinamento interno, esse debbono essere inquadrate, cioè il giudizio sulle leggi. Il giudice costituzionale non può, cioè, restare *tagliato fuori*, e ciò sia per ragioni relative al proprio ruolo nel sistema che per ragioni relative alla già ricordata diversità di approccio tra esso (e la Costituzione) e le Corti (e Carte) europee rispetto alla portata di alcuni diritti fondamentali ed alla loro idoneità ad uscire *vincitori* da alcune più delicate operazioni di bilanciamento.

La progressiva *espansione* del diritto dell'Unione europea verso una tutela dei diritti fondamentali sempre più ad ampio raggio – di cui l'attribuzione di effetti vincolanti alla Carta di Nizza-Strasburgo, dovuta al trattato di Lisbona, rappresenta l'esempio più vivido – costituisce allora, da un lato, un'evoluzione notevole verso un ordinamento dell'Unione *più maturo*, ma dall'altro anche un rischio, poiché maggiore è il novero di diritti fondamentali attratti nell'area di competenza dell'Unione, maggiore è anche la possibilità che sia la Corte di giustizia ad occuparsi del bilanciamento tra essi in modo tendenzialmente autonomo rispetto agli indirizzi delle Corti nazionali.

Proprio per questa ragione sembrano ingenerose le molte critiche rivolte dalla dottrina al più recente tentativo (sent. n. 269/2017) da parte della Corte costituzionale di riservare a se stessa uno *spazio rilevante* nei casi, del resto sempre più frequenti, di sospetta antinomia tra la legge nazionale ed una norma, costituzionale o di diritto dell'Unione, volta alla protezione di un diritto fondamentale.

Peraltro, che la legge possa suscitare nel giudice nazionale dubbi di compatibilità sia con il diritto interno (la Costituzione) che con quello eurounitario non è certo una novità, e le regole su come gestire la «doppia pregiudizialità» sono dettate e discusse da tempo. Esse, però, dando almeno sino ad oggi la precedenza alla questione di compatibilità con il diritto UE e riservando alla Corte costituzionale un intervento successivo ed eventuale, accordano, nel caso di legge nazionale incompatibile con una norma eurounitaria che riconosce speciale protezione ad un diritto fondamentale, al giudice nazionale la possibilità di non applicare la norma interna senza provocarne l'annullamento. Si priva però in questo modo la possibilità per la Corte costituzionale di *depurare* l'ordinamento dalla legge ingiusta, che anzi è destinata a rimanere in vigore, avendo la disapplicazione da parte del giudice comune effetti pacificamente *inter partes*. Di fronte a questo rischio, allora, la Corte ha recentemente invertito l'ordine di trattazione delle questioni, cercando di dare precedenza a quella di costituzionalità a discapito di quella di compatibilità con il diritto UE o, meglio, con quella *parte* del diritto dell'Unione che più facilmente si presta ad essere (impropriamente) considerata dai giudici comuni una sorta di «doppione» del catalogo costituzionale dei diritti⁴⁴.

Il problema, a ben vedere, si è già posto con riferimento al diritto convenzionale, quando qualche giudice comune – non importa se per errore o in modo invece consapevole – aveva iniziato ad utilizzare la CEDU *come se* si trattasse del diritto dell'Unione, disapplicando la

⁴⁴ Corte cost. n. 269/2017. Tra i primi commentatori cfr. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato concentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing*, in *Rivista di diritti comparati*, 2018; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*; L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017*; A. GUAZZAROTTI, *Un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017*; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione a seconda lettura*; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, tutti in *Forumcostituzionale.it*; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter «creativi» (o distruttivi) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*. Con particolare riferimento all'inversione dell'ordine di trattazione delle questioni in caso di doppia pregiudizialità cfr. G. SCACCIA, *L'inversione della «doppia pregiudiziale» nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forumcostituzionale.it*.

legge ritenuta con essa incompatibile⁴⁵; e nel 2007 la Corte costituzionale, animata dalle medesime preoccupazioni che oggi investono i rapporti con il diritto dell'Unione, intervenne con le sentenze cc.dd. gemelle, riaffermando la propria competenza sui contrasti tra legge e norma convenzionale.

Certamente, nella motivazione della sentenza n. 269 un argomento importante a sostegno della decisione sembrerebbe quello relativo alla portata del «*principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale*»; non mancano, però, elementi per ritenere che la Corte abbia attentamente valutato anche altri profili: le trasformazioni del diritto dell'Unione, ed in specie il suo *complessivo allargamento* alla tutela dei diritti fondamentali (punto 5.2, primo capoverso); l'intersezione tra la Carta di Nizza e le norme costituzionali sui diritti (secondo capoverso), e soprattutto la necessità di «assicurare che i diritti garantiti dalla [...] Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali» (terzo capoverso), cioè, in sostanza, la necessità di poter far sentire anche la propria voce.

È insomma alla progressiva erosione delle attribuzioni e del ruolo della Corte costituzionale che essa tenta di rimediare, e ciò per la stessa ragione per cui ha giustamente, in un recente passato, accettato il dialogo *diretto* con la Corte di giustizia: perché chi resta *fuori dal giro* delle Corti che si occupano di diritti rischia di non potervi più rientrare e di non poter più veicolare negli incontri (o negli scontri) tra le argomentazioni la propria peculiare sensibilità⁴⁶. Non deve, allora, forse

⁴⁵ Cass. 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1423; 11 giugno 2004, n. 11096, *id.*, 2005, I, c. 466; 19 luglio 2002, n. 10542, *id.*, 2002, I, c. 2606; in dottrina, sul punto, cfr. C. DOMENICALI, *Il seguito della giurisprudenza costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento italiano*, in *Forumcostituzionale.it*, 2010; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3518 ss.

⁴⁶ L'allargamento dell'ambito materiale del diritto dell'Unione ai diritti fondamentali può in questo senso costituire, se mal gestito, un *attacco* alla (o almeno un rischio per la) giurisdizione costituzionale, e va ricordato che parte della dottrina di ciò già avvertiva in tempi, per così dire, non sospetti; cfr. M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivistaaic.it*, 1/2011; V. ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario, in diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, pp. 47 ss.; M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, pp. 201 ss.

neppure destare troppa agitazione il fatto che la Corte di giustizia, con una sentenza di poco successiva alla n. 269/2017, abbia ribadito che il giudice nazionale ha sempre la facoltà (e qualche volta, come noto, il dovere) di sottoporre alla Corte stessa questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto dell'Unione, eventualmente anche nel caso in cui la legge nazionale ponga anche seri dubbi di costituzionalità⁴⁷. Al rinvio pregiudiziale, infatti, il giudice nazionale – come la Corte di giustizia stessa afferma – dovrà accedere *in qualsiasi fase del procedimento reputi appropriata*, eventualmente «anche al termine di un procedimento incidentale di controllo di costituzionalità».

Certamente, come da molti segnalato, il nuovo corso inaugurato dalla più recente giurisprudenza costituzionale potrà dare luogo a qualche problema applicativo⁴⁸, e naturalmente la semplice inversione della doppia pregiudiziale non sarà una panacea in grado di prevenire o annullare qualsiasi contrasto tra le giurisdizioni. Soprattutto sembra piuttosto problematica l'ipotesi in cui il giudice comune, promossa questione di legittimità costituzionale ed essendosi la Corte pronunciata nel senso del rigetto della stessa, dovesse ritenere la legge nazionale comunque incompatibile con il diritto dell'Unione, eventualmente anche sulla base delle indicazioni ricavate dalla Corte di Lussemburgo, *interrogata* con rinvio pregiudiziale. Non è possibile escludere del tutto, in questo caso, che il giudice possa comunque disapplicare la legge che ritiene contraria al diritto eurounitario, ancorché la stessa sia (già) passata indenne dal giudizio di costituzionalità.

Evidentemente il rischio c'è, ma forse rispetto ad esso non vi è ragione di allarmarsi oltre misura, e non solo perché l'ipotesi appena delineata non pare, allo stato, suscettibile di verificarsi con buona regolarità. La Corte costituzionale ha infatti anzitutto la possibilità di giocare d'anticipo, incorporando i fattori scatenanti della potenziale contrapposizione nel *proprio* giudizio; non senza ragioni, mi pare, già nella sentenza n. 269 si è tenuto a precisare, proprio a questo proposito, che il giudizio di costituzionalità si svolgerà «anche in riferimento ai parametri europei» come veicolati dagli artt. 11 e 117 Cost. In secondo luogo, va anche affermato che non ogni possibilità di conflitto può essere del

⁴⁷ Corte di Giustizia UE, C-322/16, 20 dicembre 2017, *Global Starnet Ltd.*

⁴⁸ L. SALVATO, *op. ult. cit.*; R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2/2018; A. RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)*, in *id.*, 1/2018.

tutto scongiurata, né è del tutto scontato che simile obiettivo sia in ogni caso desiderabile. È pur vero, infatti, che il dialogo – se è vero dialogo – non è fatto di sole scappatoie né di semplice e passiva ricezione degli orientamenti altrui, ma appunto anche di affioramento e gestione dei conflitti⁴⁹. Ed allora l'emersione di qualche contrasto può ben apparire, oltre che non del tutto evitabile, persino salutare: se c'è, insomma, un *prezzo da pagare* per raggiungere l'obiettivo – esso sì, davvero non rinunciabile – di mantenere la Corte costituzionale all'interno del circuito dei *giudici che decidono sui diritti*, non si può che essere disposti a pagarlo.

⁴⁹ Sul conflitto come categoria primaria del ragionamento giuridico e dell'evoluzione del diritto vigente, anche costituzionale, cfr. G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULLI**

Dian **SCHEFOLD**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

BASCHERINI, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

CHERCHI, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

FERRAJOLI, Marco

GIAMPIERETTI, Antonio

IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

PINTO, Elisa **OLIVITO**, Laura

RONCHETTI, Ilenia

RUGGIU, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**,

Caterina **AMOROSI**, Alessandra

CERRUTI, Andrea **VERNATA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)