



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2016 FASC. I

(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI

**IL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE SUL DIRITTO
NAZIONALE: LO SCARTO TRA IL MODELLO E
L'ESPERIENZA E LA RICERCA DEI MODI DELLA LORO
POSSIBILE RICOMPOSIZIONE**

15 FEBBRAIO 2016

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri

Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*

ABSTRACT: *The author analyzes the relationship between European Union law and national law, underlining that a «equal and joint “primacy”» of all the Charters is being affirmed, also allowed by the dialogue between the Constitutional Courts and the European Courts (Court of Justice of the European Union and European Court of Human Rights).*

SOMMARIO: 1. Notazioni di metodo, a riguardo delle prospettive, dei piani e dell'oggetto dello studio. – 2. Lineamenti del modello, dal punto di vista sia dell'Unione che dello Stato (in ispecie, la relativizzazione del primato, a fronte dell'obbligo fatto all'Unione stessa di prestare osservanza ai principi di struttura degli ordinamenti nazionali: precisazioni a riguardo dell'operatività dei “controlimiti”, alla luce della Costituzione come “sistema”). – 3. Principio della massimizzazione della tutela dei diritti e ordinazione mobile, secondo i casi e su basi di valore, delle norme che la apprestano. – 4. Lo scarto tra modello ed esperienza: dall'idea di un primato del diritto dell'Unione relativo o condizionato alla sostanziale acquiescenza verso di esso manifestata dai giudici nazionali. – 5. Il diverso trattamento riservato dal giudice costituzionale al diritto europolitano ed a quello convenzionale e la confusione fatta tra un'incompatibilità *reale* ed una invece meramente *apparente* tra norme di origine esterna e norme nazionali (anche costituzionali). – 6. Verso un paritario e congiunto “primato” di tutte le Carte, anche grazie a talune innovazioni di ordine istituzionale riguardanti i rapporti tra le rispettive Corti, volte ad incoraggiarne lo svolgimento in spirito di autentica, “leale cooperazione”.

1. Notazioni di metodo, a riguardo delle prospettive, dei piani e dell'oggetto dello studio

Alcune preliminari avvertenze di ordine metodico.

La prima riguarda la prospettiva da cui il primato va osservato, che a mia opinione conviene che si spieghi ad un triplice piano, presentandosi a un tempo come *prescrittiva*, *descrittiva*, *predittiva*, riguardando come avrebbe dovuto o dovrebbe conformarsi il primato stesso secondo modello, come abbia fin qui avuto modo di affermarsi nell'esperienza e, infine, quale potrebbe essere nei prossimi sviluppi delle relazioni interordinamentali.

La seconda attiene all'angolo visuale dal quale giova far luogo all'osservazione, un angolo duplice, dovendo la stessa aversi tanto dal punto di vista dell'Unione quanto da quello dello Stato (per ciò che qui specificamente importa, del nostro), verificando quindi se i punti stessi convergono ovvero divergono (e, nell'uno e nell'altro caso, in che misura).

La terza, direttamente discendente da quest'ultima, attiene al materiale utilizzato al fine di far luogo alla verifica suddetta. È ovvio che il riferimento va fatto in primo luogo alla giurisprudenza, grazie alla quale il diritto *vigente* ha modo di convertirsi in *vivente*. Va nondimeno rammentato che quest'ultimo non si esaurisce nei soli indirizzi giurisprudenziali, i quali sono solo una delle componenti la pratica giuridica¹; avverto, poi, che ragioni di spazio obbligano qui ad un forte riduzione del materiale giurisprudenziale utilizzato: farò perciò capo, per quanto attiene all'ambito interno, unicamente alla giurisprudenza costituzionale, senza poter fare neppure un cenno a quella comune. Si tratta di una dolorosa rinuncia che porta a qualificare come parziali e *quodammodo* condizionati gli esiti ricostruttivi raggiunti, sol che si convenga – come devesi – a riguardo della centralità di posto

* Intervento al *workshop* su *Diritto dell'Unione Europea e Internazionale* tenutosi presso la Corte di Cassazione il 12 e 13 novembre 2015. Lo scritto è aggiornato al 10 febbraio 2016.

¹ Basti solo por mente al rilievo del diritto vivente amministrativo, per quanto – come negli *iceberg* – esso costituisca la parte sommersa di pratiche giuridiche di corposa consistenza e tuttavia di problematica conoscenza e sistemazione.

che va riconosciuta alla giurisprudenza dei giudici comuni², da cui vengono sollecitazioni ed indicazioni preziose per la giurisprudenza costituzionale e da cui peraltro dipende l'implementazione di quest'ultima, una implementazione che l'esperienza mostra essere alquanto articolata e varia per manifestazioni, così come vari, non meramente e meccanicamente ripetitivi, sono i "seguiti" dati alla giurisprudenza stessa dai giudici comuni, da quelli che hanno sollevato questioni di costituzionalità come pure dagli altri comunque chiamati a pronunciarsi su casi della vita riguardati dalle questioni stesse.

La quarta attiene all'oggetto in relazione al quale il primato è osservato o al terreno sul quale esso è apprezzato, che è quello su cui maturano le vicende dei diritti fondamentali. Un'avvertenza, questa, cui è da assegnare un particolare significato, dal momento che quanto ora si dirà resta legato all'ambito materiale di esperienza prescelto e non può dunque prestarsi ad indebite ed approssimative generalizzazioni al di fuori di esso.

L'ultima avvertenza, per ovvia che sia, merita ugualmente di non essere perduta di vista; ed è che, costituendo punto obbligato e costante di riferimento la giurisprudenza ed essendo, per loro indeclinabile vocazione, soggetti i relativi indirizzi ad incessante rinnovamento, in ragione del mutare dei contesti e della varietà dei casi della vita, se ne ha che quanto ora si dirà in merito al primato risulta condizionato, legato alla congiuntura in atto e tuttavia suscettibile di andare incontro anche a breve a sostanziali mutamenti. Ciò nonostante, si tenterà – come si diceva – ugualmente di affacciare qualche previsione in merito ai possibili sviluppi del primato, muovendo dalle più marcate tendenze che si riscontrano nel pur confuso ed oscillante presente delle relazioni tra le Corti.

2. Lineamenti del modello, dal punto di vista sia dell'Unione che dello Stato (in ispecie, la relativizzazione del primato, a fronte dell'obbligo fatto all'Unione stessa di prestare osservanza ai principi di struttura degli ordinamenti nazionali: precisazioni a riguardo dell'operatività dei "controlimiti", alla luce della Costituzione come "sistema")

Muovendo dal modello, quale risulta dalle pur scarse indicazioni offerte dal diritto dell'Unione e dall'ordinamento nazionale, a me pare provata una sostanziale convergenza di posizioni³.

Per un verso, infatti, il primato va incontro al limite di cui all'art. 4.2 TUE, arrestandosi non soltanto davanti alle tradizioni costituzionali comuni ma anche a quelle proprie del singolo ordinamento nazionale, specificamente – tiene a precisare l'art. 53 della Carta di Nizza-Strasburgo – laddove presso l'ordinamento stesso sia offerta ai diritti una tutela ancora più avanzata di quella che può essere loro data dall'Unione. È importante, dunque, non perdere di vista che il primato non è *incondizionato* o *assoluto* bensì soggetto alla verifica del "grado" di tutela apprestato ai diritti. La qual cosa, poi, rimanda alla previa posizione del criterio o parametro alla cui luce "pesare" la tutela stessa e operare il raffronto tra disciplina nazionale e disciplina sovranazionale idonea ad assicurarla. Una questione, questa, micidiale, che da sola richiederebbe un lungo ed articolato discorso, di cui è tuttavia altra la sede; e una questione la cui soluzione è, a conti fatti, rimessa al singolo operatore, obbligato ad assumersi la responsabilità, morale prima ancora che giuridica, della scelta. Al riguardo,

² Su ciò la più sensibile dottrina va da tempo, e con dovizia di argomenti, opportunamente insistendo [per tutti, v. R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, quindi, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014; da un punto di vista più generale, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano 2012; P. GIANNITI, *Il ruolo del giudice nazionale nell'attuale contesto ordinamentale*, Sez. III, cap. VIII, parte I, in P. GIANNITI (cur.), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, I, Zanichelli, Bologna 2015, 500 ss., e, con specifico riguardo alla materia penale, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale*, Aracne, Roma 2012].

³ Riprendo sul punto, con ulteriori svolgimenti e precisazioni, talune indicazioni che sono nel mio *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 931 ss.

mi limito solo a rilevare come, anche per questo specifico aspetto, prezioso si rivela essere il “dialogo” intergiurisprudenziale⁴, dal momento che è unicamente grazie ad esso che si possono venire a formare ed a stabilizzare *consuetudini culturali di riconoscimento* della “misura” della tutela, arginandosi così un deprecabile soggettivismo esasperato. Il “dialogo”, insomma, può, per la sua parte, dare un concorso di non poco momento alla convergenza degli indirizzi giurisprudenziali e, quindi, alla formazione di un “*diritto vivente interordinamentale*”, fattore prezioso di certezze del diritto costituzionale in senso oggettivo e, a un tempo, di certezze di diritti costituzionali.

Sta di fatto che, dal punto di vista dell’Unione, si ha, secondo modello, una *relativizzazione del primato*, dal momento che non è già in astratto o *in vitro*, bensì in concreto e *in vivo*, all’esito del raffronto tra le norme (e, perciò, in buona sostanza, degli indirizzi delle Corti che vi danno voce) che può stabilirsi se, dove e quando può aversi riscontro del primato stesso e, perciò, in quali territori statali può aversi senza pregiudizio per i principi di struttura dei relativi ordinamenti.

Allorquando, dunque, si insiste, specie da parte della giurisprudenza dell’Unione, sul bisogno di tener fermo il principio della uniforme applicazione del diritto dell’Unione stessa, non va dimenticato che lo stesso art. 4.2, sopra richiamato, non esclude ed anzi implica l’eventualità di un’applicazione a macchia di leopardo, a seconda appunto che risultino, o no, toccati i principi di struttura dei singoli Stati. A quest’ultimo riguardo, va comunque tenuto presente che l’eventualità che si diano differenziazioni corpose e vistose tra i principi in parola, nel passaggio da un ordinamento all’altro, è (o, meglio, dovrebbe *secondo modello* essere) alquanto remota, ove si consideri che, alla luce di quanto stabilisce l’art. 2 del trattato di Lisbona, si dà una base assiologica comune agli Stati appartenenti all’Unione, condizione del loro ingresso e della permanenza in seno a quest’ultima.

Per un altro verso, anche ponendosi dal punto di vista degli ordinamenti nazionali (e, segnatamente, come si diceva, del nostro), il principio del primato si presenta “relativizzato” nella sua portata e soggetto, ancora una volta, alla condizione che esso porti all’innalzamento del livello della tutela dei diritti.

Due punti vanno subito a questo riguardo messi in chiaro, con riferimento al fondamento della condizione suddetta ed al suo modo di operare.

Il primo.

Diversamente dall’art. 53 della Carta dell’Unione, sopra richiamato, non si dà nella nostra Carta costituzionale l’espreso riconoscimento del carattere sussidiario della tutela al piano delle relazioni interordinamentali. Possiamo tuttavia considerarlo implicito nel principio della massimizzazione della tutela stessa⁵, un’autentica *Grundnorm* delle relazioni suddette, a mia opinione racchiusa

⁴ ... in merito al quale, nella ormai incontinentabile lett., per tutti, L. D’ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAIITA (curr.), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2015; riserve sull’uso del termine sono ivi manifestate da G. D’AMICO, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza costituzionale*, 49 ss.

⁵ Su di che, tra i molti altri e di recente, A. D’ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2014, 1 ss., spec. 32 ss.; L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L’abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in Cortecostituzionale.it, dicembre 2014; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in R. ROMBOLI (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; G. D’AMICO, *op. cit.*, 55 ss., e *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in A. PIN (cur.), *Il diritto e il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; C. PANZERA, [Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali](#), in questa *Rivista*, [2/2015](#), 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. SPADARO, *Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in L. D’ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAIITA (curr.), *La Carta dei diritti dell’Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, in corso di stampa, spec. al § 10; ivi pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”: qualche riflessione;*

nell'idea stessa di valore o principio fondamentale⁶ (e, ulteriormente risalendo, nell'idea stessa di Costituzione quale tavola di valori fondamentali positivizzati e di limiti al potere a presidio degli stessi); e ciò, ove si ammetta – come devesi – che è nella natura ed indeclinabile vocazione di *ogni* valore, il tendere alla propria espansione e salvaguardia, la massima appunto possibile alle condizioni oggettive di contesto.

Solo che, così stando le cose, è da mettere in conto l'eventualità che un valore fondamentale dato possa essere ancora meglio servito ed attuato da norme di origine esterna all'ordinamento cui appartiene il valore stesso rispetto al modo con cui può esserlo da norme (persino costituzionali!) dell'ordinamento medesimo. Non mi stancherò infatti di insistere su questo concetto su cui mi sono molte volte intrattenuto e che tuttavia urta con un diffuso e radicato convincimento favorevole a riconoscere l'esistenza di limiti insuperabili all'affermazione del primato (i c.d. "controlimiti"), in alcun caso o modo giudicati suscettibili di deroga.

Si tratta di una tesi che testimonia – se posso esprimermi con franchezza – l'esistenza di un autentico crampo mentale assai duro da rimuovere: quello per cui si esclude assiomaticamente che da una Carta diversa dalla Costituzione nazionale possa venire una tutela per i diritti ancora più avanzata ed adeguata al caso rispetto a quella da quest'ultima offerta⁷, una tutela dunque che possa anche comportare l'incisione di un principio fondamentale, nondimeno compensata dall'innalzamento del livello complessivo di affermazione della Costituzione come "sistema".

La dottrina dei "controlimiti", infatti, per com'è usualmente intesa e portata fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, non ammette che possa tollerarsi la pur minima incisione di alcun principio fondamentale di diritto interno. Criticamente riconsiderata, invece, alla luce del canone della massimizzazione della tutela dei beni costituzionalmente protetti nel loro fare "sistema" attraverso il mutuo bilanciamento, la dottrina stessa può (e deve) – a me pare – essere messa in campo unicamente laddove la tutela apprestata in ambito interno risulti ancora più adeguata di quella data da norme di origine esterna (e il discorso qui vale in termini non dissimili per le norme dell'Unione e per ogni altra norma proveniente *ab extra*, ad es. dalla CEDU e dall'ordinamento internazionale in genere). Di contro, può (e deve) darsi spazio a norme di origine esterna⁸, *pur se incompatibili con questo o quel principio fondamentale*, che siano riconosciute idonee a fissare ancora più in alto il punto di sintesi assiologica tra i principi di diritto interno.

Si tratta, dunque, di far valere la "logica" usuale che presiede ai bilanciamenti secondo valore, con la peculiarità che è qui data dal fatto che i bilanciamenti si spiegano al piano delle relazioni interordinamentali⁹. Un esito, questo, nondimeno obbligato, ove si voglia dare il giusto rilievo al principio dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale, di cui agli artt. 10 e 11 della Carta, riconsiderato nel suo fare "sistema" coi principi fondamentali restanti, in ispecie con quelli di libertà ed eguaglianza: la *coppia assiologica fondamentale* – come la si è altrove chiamata – in funzione della cui affermazione lo stesso principio di apertura al diritto di origine esterna rinviene la propria più persuasiva giustificazione e la più salda tutela.

Il secondo punto.

G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.

⁶ Non indugio qui sulla vessata questione (in merito alla quale, ora, la densa riflessione di L. MEZZETTI, *Teoria costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015, 1 ss.) circa la distinzione tra i termini suddetti, che qui unicamente per scorrevolezza espositiva utilizzo in modo promiscuo.

⁷ Non a caso, d'altronde, la *communis opinio* esclude che il quadro costituzionale relativo ai diritti possa andare soggetto a revisione: quasi che, in questa sua parte, la Carta si presenti perfetta ed esente da menda alcuna, consegnandosi alla generazione presente ed a quella futura (e, prima ancora, a quella del tempo in cui fu scritta), al pari delle tavole mosaiche, *usque ad aeternitatem*...

⁸ ... ma, in realtà e generalizzando, a norme in genere, anche interne e di rango subordinato a quelle costituzionali.

⁹ Ho invitato a fermare l'attenzione sul punto, di cruciale rilievo, in più luoghi, a partire da *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 1/2011, 1° marzo 2011.

Malgrado il comune fondamento nel canone della massimizzazione della tutela, alla cui luce le relazioni interordinamentali vengono di continuo rimesse a punto, in ragione delle peculiari esigenze dei casi, si dà un diverso modo di operare del canone stesso, rispettivamente, nell'ordinamento nazionale ed in quello eurounitario (e nello stesso sistema convenzionale), con la conseguenza che l'assetto delle relazioni stesse può presentarsi, così come effettivamente si presenta, negli ordinamenti suddetti in forme diverse. E ciò, per il fatto che anche diritti riconosciuti in termini non dissimili sono pur sempre soggetti a confronto ed a bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela. Ogni diritto infatti s'inscrive in un quadro di beni della vita coi quali è tenuto a fare "sistema". La qual cosa può portare non di rado a divergenti esiti delle operazioni di ponderazione assiologica ad opera delle Corti, secondo quanto peraltro testimoniano taluni casi di conflitto anche particolarmente aspro, seppur talora tenuto saggiamente sotto traccia o, comunque, rappresentato in termini edulcorati¹⁰.

Una volta di più, il "dialogo" può far emergere sia le divergenze e sia le convergenze d'indirizzo; e, tuttavia, per il solo fatto di esserci, agevola – a me pare – il ravvicinamento delle posizioni e, per ciò stesso, incoraggia l'ulteriore avanzamento del processo d'integrazione sovranazionale, accompagnandone ed alimentandone gli svolgimenti. Si danno, ciononostante, dei limiti strutturali cui va incontro l'attuale sistema dei raccordi tra le Corti, la cui consapevolezza sollecita a porre mano alla sua revisione, secondo quanto si dirà meglio sul finire di questa esposizione.

3. Principio della massimizzazione della tutela dei diritti e ordinazione mobile, secondo i casi e su basi di valore, delle norme che la apprestano

Il principio della massima tutela può, dunque, portare a mobili, continuamente cangianti, ordinazioni dei documenti normativi che danno il riconoscimento dei diritti, a seconda dei casi della vita che sollecitano la formazione e l'incessante rinnovo delle sistemazioni delle norme *secondo valore*.

La *teoria delle fonti* in tal modo – come si è tentato di argomentare in altri luoghi – naturalmente si converte in *teoria delle norme e dei relativi sistemi*, declinati al plurale, a seconda appunto delle norme di volta in volta evocate in campo dai casi.

La soluzione ottimale – come pure si è tentato altrove di mostrare – nondimeno si ha laddove si assista alla *reductio ad unum* dei sistemi, alla composizione cioè di un *sistema di sistemi* reciprocamente integrati per effetto della massima convergenza possibile delle tutele: laddove, cioè, si abbia riscontro della mutua integrazione della Costituzione e delle Carte di origine esterna nei fatti interpretativi, secondo la felice intuizione contenuta in [Corte cost. sent. n. 388 del 1999](#). La qual cosa è invero agevolata dal linguaggio di tutte tali Carte, fatto a maglie larghe (e, non di rado, larghissime) e però richiede una mutua disponibilità all'ascolto, in spirito di autentica e "leale" cooperazione delle Corti.

Ancora una volta, questa che, prima ancora di essere una indicazione teorico-ricostruttiva, è un'autentica direttiva di metodo ha la sua base testuale nell'art. 4.2, dietro richiamato, che chiama Unione e Stati a prestarsi reciproco rispetto ed assistenza "nell'adempimento dei compiti derivanti dal trattato".

Il principio della miglior tutela richiede spirito puro e mente sgombra da pregiudizio alcuno, ponendosi quale (pre)orientamento etico-giuridico dell'attività interpretativa del giudice (e dell'operatore in genere). La soluzione ottimale – come si diceva – è poi quella che si ha ogni qual volta l'operazione abbia esito *inclusivo*, e non *esclusivo*, riconciliandosi i disposti delle Carte nei processi interpretativi, sì da comporsi in unità significativa al servizio dei diritti.

Non la "logica" di una ordinazione gerarchica *per sistema* delle Carte stesse bensì l'altra, opposta, del loro paritario concorso alla espressione di norme idonee a dare appagamento ai diritti appare

¹⁰ Della qual cosa si ha riscontro al piano delle relazioni che la nostra Corte delle leggi intrattiene tanto con la Corte dell'Unione quanto con la Corte di Strasburgo (per tutte, rammento qui solo la nota vicenda delle leggi d'interpretazione autentica, in merito alla quale, ora, C. SALAZAR, *op. ult. cit.*, § 2).

essere quella vincente in un contesto segnato da una integrazione sovranazionale viepiù avanzata che, nondimeno, pone problemi micidiali ai quali è possibile far fronte solo grazie agli sforzi congiunti, prodotti in spirito di solidale collaborazione, da tutti gli operatori (per ciò che qui specificamente importa, dalle Corti).

D'altro canto, la visione piramidale delle Carte (e, più largamente, degli ordinamenti sulle stesse fondati) fatalmente trascina con sé l'ordinazione delle Corti che delle Carte stesse sono istituzionalmente garanti: un esito, questo, però insopportabile per chi si trova obbligato a recedere per far posto ad altri.

Si ha così conferma che la rappresentazione teorica del primato maggiormente adeguata e fedele al modello sia dell'Unione che dello Stato è quella che porta alla sua... *negazione*, tutte le Carte riuscendo paritariamente e congiuntamente ad affermarsi, non già l'una a discapito dell'altra o delle altre¹¹. La qual ultima cosa, al di là dei negativi effetti dovuti all'inasprimento delle relazioni tra le sedi istituzionali in cui si amministra giustizia, comporterebbe un impoverimento culturale, lo smarrimento di tradizioni relative ai diritti comunque meritevoli di essere preservate e viepiù coltivate e promosse.

4. *Lo scarto tra modello ed esperienza: dall'idea di un primato del diritto dell'Unione relativo o condizionato alla sostanziale acquiescenza verso di esso manifestata dai giudici nazionali*

L'esperienza fin qui maturata al piano delle relazioni tra le Corti si presenta al proprio interno alquanto articolata e varia, manifestandosi sia nel senso della conformità al modello sopra succintamente descritto e sia però in quello dello scostamento dallo stesso, alle volte scoperto e dichiarato, altre invece abilmente mascherato. È ovvio che, portandosi avanti il processo d'integrazione sovranazionale, si siano avuti e possano anche in futuro ulteriormente aversi casi di "resistenza" – come sono stati, ancora di recente, chiamati¹² – ad alcuni indirizzi delle Corti europee giudicati, a torto o a ragione, particolarmente "aggressivi" nei riguardi degli ordinamenti nazionali¹³. La tendenza che, ad ogni buon conto, va maggiormente diffondendosi e radicandosi sul terreno delle relazioni intergiurisprudenziali sembra essere nel senso di una crescente convergenza degli orientamenti¹⁴.

Molti autori hanno insistentemente fermato l'attenzione su alcuni noti casi di aperta ribellione delle Corti (specie di quelle dell'Est)¹⁵ nei riguardi della giurisprudenza dell'Unione. Senza che siffatte vicende meritino di essere sottovalutate, dobbiamo tuttavia convenire che si è trattato di fatti

¹¹ Quest'esito è argomentato nel mio *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, cit., spec. al § 4.

¹² Al tema è stata dedicata la seconda sessione del II Seminario annuale di *diritticomparati su Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, svoltosi a Macerata l'11 dicembre 2015.

¹³ Riprendo qui una qualifica data da O. POLLICINO, in più scritti [tra i quali, *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?*, Giuffrè, Milano 2010 e *Toward a Convergence between the EU and ECHR Legal Systems?*, in G. REPETTO (cur.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Intersentia, Cambridge 2013, 99 ss.], con riferimento al versante dei rapporti con la Corte di Strasburgo, che nondimeno può considerarsi valevole altresì per talune espressioni della giurisprudenza eurounitaria.

¹⁴ ... maggiore – a quanto pare – lungo l'asse che collega le due Corti europee rispetto all'altro che unisce ciascuna di esse con le Corti nazionali; ma il punto richiederebbe ulteriori approfondimenti e verifiche qui non consentiti [utili indicazioni sono di recente venute da L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAITTA (curr.), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit.].

¹⁵ ... e, segnatamente, dei tribunali ceco, ungherese e polacco, in merito alle cui prese di posizione, v., part., O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2012, 765 ss. e J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the 'German Model'*, in A. SAIZ ARNAIZ - C. ALCOBERRO LLIVINA (curr.), *National constitutional identity and European integration*, Intersentia, Antwerpen 2013, 243 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, cit., spec. 41 ss., nonché M. DICOSOLA, *Gli stati dell'Europa centro-orientale tra identità nazionale e costituzionalismo europeo*, Intervento al Seminario su *Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, in *paper*.

alquanto circoscritti, per non dire isolati, a fronte delle innumeri, quotidiane adesioni prestate alla giurisprudenza stessa. Non a caso, proprio in occasione del nostro incontro di oggi il Presidente della Corte di giustizia, K. Lenaerts, ha potuto con non celato orgoglio rilevare la sostanziale acquiescenza manifestata nei riguardi della giurisprudenza della Corte stessa da parte dei giudici nazionali¹⁶.

Questa vicenda, pur laddove ne sia apprezzato l'esito complessivamente raggiunto, si è tuttavia svolta e promette di svolgersi anche per l'avvenire tra non rimosse ambiguità e con talune, vistose, forzature di ordine sia processuale che sostantivo.

Esasperata appare, in particolare, essere l'idea del primato, di cui mostra di volersi fare portatrice la Corte dell'Unione: non a caso, chi legge *Melloni* non trova, stranamente, alcun riferimento all'obbligo di osservanza dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali (nella specie, dell'ordinamento spagnolo), di cui al cit. art. 4.2 TUE: forse, lo si è implicitamente valutato e considerato recessivo in sede di bilanciamento con le istanze facenti capo al primato; ma, perché non farvi esplicito richiamo¹⁷? E chi quindi legge la pronuncia emessa dal tribunale costituzionale spagnolo a "seguito" della decisione del giudice lussemburghese rinviene in essa una palmare riprova di quell'acquiescenza, di cui si è oggi fatto autorevole interprete l'attuale Presidente della Corte.

Confesso di essermi trovato impreparato davanti a quest'esito della vicenda: alla luce, infatti, del modo con cui la questione di rinvio pregiudiziale era stata posta dal giudice iberico, mi sarei atteso quanto meno alcuni *distinguo*, se non vere e proprie condizioni poste al fine di poter dare "seguito" al verdetto del giudice eurounitario¹⁸.

Anche dal noto parere emesso dalla Corte dell'Unione in merito allo schema di trattato di adesione dell'Unione stessa alla CEDU¹⁹ traspare – se così posso dire, ricorrendo ad un ossimoro apparso – un "*nazionalismo... sovranazionale*" radicale, essendo – come si sa – in esso poste condizioni stringenti e francamente inaccettabili da parte della Corte di Strasburgo, espressive di un'idea del primato del diritto eurounitario, di cui il giudice lussemburghese intende farsi portavoce e garante, che, se accolta, renderebbe a conti fatti vano l'obiettivo avuto di mira con l'adesione stessa.

Dal suo canto, il giudice delle leggi, che pure ha non molto tempo addietro giocato la carta dei "controlimiti" allo scopo di non consentire l'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria lesiva di diritti fondamentali (e, sopra ogni altro, della dignità)²⁰, non vi ha fatto ad

¹⁶ Di K. LENAERTS v. il *paper* dal titolo *The Legacy of Costa v. Enel*.

¹⁷ Anche la più sensibile e benevola dottrina, che si è fatta portatrice di una lettura *in bonam partem* della pronuncia della Corte lussemburghese [R. CONTI, *Da giudice (nazionale) a Giudice (eurounitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in Diritticomparati.it, 5 aprile 2013], ha opportunamente formulato l'auspicio che per l'avvenire la Corte stessa non si trattenga dal fare espressa menzione dell'art. 4.2.

¹⁸ ... così come ha, invero, fatto, in buona sostanza, in una sua recente pronuncia il *Bundesverfassungsgericht*: si legge, infatti, nel *Beschluss* del 15 dicembre 2015 – 2 BvR 2735/1 – che nel procedimento di consegna per effetto di mandato di arresto europeo conseguente a condanna in contumacia a trent'anni di reclusione va comunque salvaguardato il diritto di difesa anche con la riapertura dell'istruttoria.

¹⁹ ... fatto oggetto, come si sa, di molti commenti, tra i quali I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Giuffrè, Milano 2015, 273 ss.; L. BESSELINK - M. CLAES - J.-H. REESTMAN, *A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2015, 2 ss.; gli scritti che sono in *German Law Journal*, 1/2015; V. PETRALIA, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea e la (mancata) adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAIITA (curr.), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., 191 ss., spec. 207 ss.; P. GIANNITI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, Sez. III, cap. IX, parte I, in P. GIANNITI (cur.), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, cit., 571 ss.; V. ZAGREBELSKY, *L'Unione europea e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia*, in *Dir. um. dir. int.*, 1/2015, 128 ss. e, da ultimo, C. AMALFITANO, *Il rilievo della CEDU in seno all'Unione europea ex art. 6 TUE*, in L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAIITA (curr.), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., part. ai §§ 3 e 4 (nel quale ultimo specificamente si ragiona degli scenari prospettabili in alternativa all'adesione), e M. PARODI, *Diritti umani Vs Autonomia? Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell'UE sull'adesione dell'UE alla Cedu*, in Federalismi.it, 3/2016, 10 febbraio 2016, ed *ivi* numerosi altri riferimenti di lett.

²⁰ Il riferimento è, ovviamente, a [Corte cost. sent. n. 238 del 2014](http://Corte.cost.sent.n.238.del.2014).

oggi uso al piano dei rapporti col diritto dell'Unione, dando così tangibile testimonianza di quella sostanziale acquiescenza di cui si viene dicendo²¹.

5. Il diverso trattamento riservato dal giudice costituzionale al diritto eurounitario ed a quello convenzionale e la confusione fatta tra un'incompatibilità reale ed una invece meramente apparente tra norme di origine esterna e norme nazionali (anche costituzionali)

Diverso è tuttavia il trattamento riservato dal nostro giudice costituzionale, rispettivamente, al diritto vivente eurounitario ed a quello convenzionale.

A differenza della giurisprudenza eurounitaria, quella della Corte EDU, infatti, si ritiene che possa essere *quodammodo* “filtrata” dal giudice nazionale (da quello comune in prima battuta e, in seconda, dallo stesso giudice costituzionale), dal momento che l'obbligo di interpretazione conforme – a dire della Consulta (spec. [sent. n. 49 del 2015](#)) – sarebbe prescritto unicamente nei riguardi delle sentenze-pilota e, specialmente, delle pronunzie considerate espressive di indirizzi “consolidati”, diversamente dall'interpretazione orientata verso la giurisprudenza eurounitaria, protetta in *ogni* sua espressione. Se ne ha che, tanto nel caso che la disciplina convenzionale (e la giurisprudenza europea che l'assume ad oggetto) si consideri meno avanzata di quella nazionale quanto (e a maggior ragione) nel caso che sia giudicata incompatibile con la Costituzione, l'operatore di diritto interno potrebbe (e, anzi, dovrebbe) – a quanto pare – non tenerne conto, orientando l'interpretazione della disposizione nazionale esclusivamente verso la Costituzione stessa. Grazie al “filtro” in parola, dunque, la salvaguardia dei “controlimiti” potrebbe aversi *factis*, al piano delle opzioni fatte in sede interpretativa, senza bisogno di dover far ricorso alla soluzione estrema di investire la Consulta di questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto norme convenzionali, così come invece parrebbe inevitabile laddove queste ultime siano veicolate in ambito interno da “consolidati” indirizzi del giudice europeo, dall'onere della cui osservanza l'operatore nazionale potendosi liberarsi unicamente a seguito dell'intervento demolitore del giudice costituzionale.

Questa soluzione tuttavia non persuade del tutto.

Giova, infatti, a mia opinione distinguere l'ipotesi, che francamente mi parrebbe essere estremamente remota pur non potendo essere esclusa in partenza, che la norma convenzionale urti con la Carta costituzionale rispetto all'altra ipotesi, invece di più frequente riscontro, che si sia in presenza di due discipline non incompatibili e tuttavia in grado di fissare a diverse “altezze” – se così può dirsi – il punto di sintesi assiologica tra i beni della vita costituzionalmente protetti. Se, poniamo il caso, l'una norma vieta la discriminazione tra i cittadini in base al sesso e l'altra *anche* in base all'orientamento sessuale, il contrasto non c'è: c'è solo una più avanzata ed incisiva tutela assicurata dalla seconda previsione rispetto alla prima; e lo stesso potrebbe dirsi per ciò che attiene ai meccanismi processuali di garanzia.

Si tratta, in breve, di distinguere tra un'*incompatibilità reale* ed una *apparente*.

Per la prima, l'appello al giudice costituzionale può talora rivelarsi inevitabile. Dico *talora*, perché è altresì da mettere in conto l'eventualità che l'invalidità costituzionale sia talmente vistosa ed eclatante da potersi ragionare di una radicale nullità-inesistenza della norma che ne sia affetta, come tale rilevabile dal giudice comune e dall'operatore in genere, senza nondimeno escludere che essa sia ugualmente portata alla cognizione della Consulta. Quest'ultima, tuttavia, in una congiuntura siffatta dovrebbe, a mia opinione, far luogo ad una pronunzia di manifesta inammissibilità preceduta e sorretta dal previo riscontro del vizio in parola e, perciò, dotata di efficacia di mero accertamento a carattere generale²².

²¹ Sarà, poi, interessante vedere come risponderà la Corte costituzionale alla questione sollevata in relazione al caso *Taricco*.

²² È proprio ciò che, a mia opinione, avrebbe dovuto aversi con riguardo al caso deciso da [Corte cost. sent. n. 238 del 2014](#), dove la previa qualifica della inesistenza della norma interna di adattamento della norma internazionale consuetudinaria non si è tradotta nella pronunzia processuale indicata nel testo. Si aggiunga, poi, la stranezza costituita dal

Per la seconda, di contro, non dandosi in tesi, a giudizio del giudice, alcuna incompatibilità, si tratta puramente e semplicemente di scegliere la norma buona per il caso. Già in altre sedi, infatti, ho avuto modo di osservare che il rischio di un annullamento della legge di esecuzione della CEDU “*nella parte in cui...*” può essere fugato semplicemente facendo disapplicazione, con effetti limitati al caso, della norma convenzionale che appaia offrire una minore tutela ai diritti in campo rispetto a quella assicurata dalla Carta costituzionale, in forza di quanto stabilito dall’art. 53 della Convenzione. D’altro canto, non si vede quale responsabilità possa essere imputata alla Convenzione, una volta che la stessa espressamente dichiara di volersi fare da parte in una congiuntura siffatta, con la conseguenza che la norma convenzionale di minor pregio rispetto a quella nazionale, non avendo mai fatto ingresso in ambito interno, non potrebbe andare soggetta alla sua eventuale caducazione (per il tramite della legge di esecuzione) e, perciò, dovrebbe considerarsi irrilevante al fine della definizione del caso.

Quest’esito ricostruttivo è, a mia opinione, generalizzabile, potendo valere altresì al piano delle relazioni col diritto dell’Unione. Ancora una volta è, infatti, lo stesso diritto dell’Unione (art. 53 della Carta di Nizza-Strasburgo) a volersi ritrarre davanti ad una tutela (in tesi) ancora più avanzata offerta in ambito interno. Quale violazione di “controlimiti” o di obblighi sovranazionali può dunque esservi, posto che è lo stesso diritto dell’Unione a non voler mettere piede, in una congiuntura siffatta, nell’ordine interno?²³

Il *punctum crucis* della questione ora discussa è però dato dal fatto che potrebbe divergere l’apprezzamento fatto da questa o quella Corte in ordine alla “graduatoria” delle norme in base al livello della tutela dalle stesse raggiunto. È in casi siffatti che ogni operatore è chiamato ad assumersi tutte quante le responsabilità sullo stesso gravanti in merito alla scelta. Si danno, ad ogni buon conto, strumenti idonei – fin dove possibile – a prevenire ed a contenere i conflitti, a partire – come si sa – dal rinvio pregiudiziale, attorno al quale nondimeno non si è ancora fatta piena luce, non tanto per i profili attinenti alla ricostruzione del modello risultante dal trattato quanto in ordine alla sua concreta operatività, vale a dire al “seguito” dato alle pronunzie della Corte dai giudici remittenti e, più ancora (e diffusamente), dai giudici in genere, a riguardo del quale le conoscenze di cui disponiamo risultano ancora oggi vistosamente carenti²⁴.

Per quanto, comunque, è dato saperne, sembra complessivamente acclarato – come si diceva – il sostanziale allineamento della giurisprudenza nazionale a quella eurounitaria; e, dunque, anche dalla prospettiva ora adottata si ha un’ulteriore riprova dello scarto esistente tra modello ed esperienza.

fatto che il giudice delle leggi ha ritenuto di potersi esprimere su una norma non “attizia” [questi ed altri rilievi possono, se si vuole, vedersi nei miei [La Corte aziona l’arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarrare le porte all’ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria \(a margine di Corte cost. n. 238 del 2014\)](#), in questa [Rivista](#), 17 novembre 2014, e, nella stessa [Rivista](#), *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quale i possibili “seguiti” della 238 del 2014?*, 1/2015, 4 marzo 2015, 78 ss. Diversa impostazione in R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, in *Giur. cost.*, 5/2014, 3914 s., che ritiene superabile, in nome della salvaguardia dei “controlimiti”, l’ostacolo processuale costituito dalla inidoneità dell’oggetto, risultante non già da un “atto” bensì da un “fatto” di normazione. In argomento, tra gli altri e di recente, R. BIN, *L’adattamento dell’ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in [Forumcostituzionale.it](#), 11 gennaio 2016, spec. al § 3, e T. CANTELMO - V. CAPUOZZO, *Tra immunità e contro-limiti: un nuovo traguardo della giurisprudenza italiana in Corte costituzionale sentenza n. 238/2014 e ordinanza n. 30/2015*, in [Federalismi.it](#), 1/2016, 13 gennaio 2016, spec. al § 4.1].

²³ Per questa ragione, è, a mio modo di vedere, da considerare fuori centro il rilievo, già presente in [Corte cost. sent. n. 348 del 2007](#) e quindi ripreso in [Corte cost. sent. n. 317 del 2009](#), secondo cui il principio della osservanza degli obblighi internazionali, di cui all’art. 117, I c., cost., soggiace a bilanciamento con altre norme costituzionali, potendo recedere davanti a queste ultime laddove in esse si situi una tutela per i diritti maggiormente avanzata di quella apprestata dalla Convenzione. Un’affermazione, questa, che presuppone un primato incondizionato del diritto di origine esterna, di cui il cit. art. 117 si farebbe garante. Di contro, come si è venuti dicendo, in una congiuntura siffatta l’art. 117 non ha modo di entrare in campo, per la elementare ragione che non vi è chiamato dallo stesso diritto convenzionale, in forza della previsione di cui all’art. 53 della CEDU.

²⁴ Si vedrà, poi, a momenti che sarebbe opportuno introdurre ulteriori accorgimenti allo scopo di rendere ancora più funzionali le relazioni tra le Corti.

L'uno infatti ci consegna la fotografia di un diritto sovranazionale (in larga accezione, comprensivo sia del diritto eurounitario che di quello convenzionale) *umile*, disposto a farsi in ogni tempo da parte a fronte di un diritto interno ancora più avanzato lungo la via della tutela dei diritti, allo stesso tempo risultando in considerevole misura responsabilizzato l'operato dei giudici comuni, chiamati a far luogo, se del caso avvalendosi della collaborazione del giudice dell'Unione adito in via pregiudiziale, alla selezione ed applicazione della norma (o del sistema di norme) in cui si situa la miglior tutela: l'immagine è insomma – come si diceva – quella del *carattere relativo o condizionato* del principio del primato.

L'altra di contro (per quanto se ne sa...) ci mostra una giurisprudenza nazionale complessivamente portata ad accodarsi docilmente alle indicazioni venute dal giudice dell'Unione ed interpreti di un'idea del primato “*senza se e senza ma*”.

L'esame della giurisprudenza, tanto sovranazionale quanto nazionale, conferma insomma che il principio del primato costituisce l'autentica *Grundnorm* dell'ordinamento eurounitario, emblematicamente espressivo della sua “costituzione materiale”, una costituzione in cui – come ha efficacemente fatto notare V. Piccone in occasione del nostro *workshop* – “l'unità giurisdizionale ha tenuto il luogo, inevitabilmente, dell'unità politica”²⁵.

È interessante notare che, facendosi valere un'idea incondizionata del primato, viene a determinarsi una duplice, simultanea torsione del modello sopra descritto e, segnatamente, tanto dell'identità costituzionale dell'Unione quanto dell'identità costituzionale dello Stato: dell'una, per il fatto che viene così lasciato in ombra, privo di concreto riscontro ed effettiva valenza, il principio di cui all'art. 4.2 TUE; dell'altra, per il mancato bilanciamento effettuato tra il principio dell'apertura al diritto sovranazionale e i principi fondamentali restanti, il primo asservendo alle proprie ragioni, legate all'avanzamento del processo d'integrazione sovranazionale, le ragioni di una ancora più avanzata tutela dei diritti di cui dovessero farsi interpreti in una vicenda processuale data norme nazionali meritevoli di prioritaria considerazione²⁶.

6. *Verso un paritario e congiunto “primato” di tutte le Carte, anche grazie a talune innovazioni di ordine istituzionale riguardanti i rapporti tra le rispettive Corti, volte ad incoraggiarne lo svolgimento in spirito di autentica, “leale cooperazione”*

L'idea di un primato *per sistema* non tiene poi conto di un dato che, seppur di comune dominio, non è tuttavia sempre portato ai suoi lineari e conseguenti svolgimenti teorico-pratici; ed è che in campo il più delle volte (per non dire sempre...), vengono a disporsi non soltanto le norme dell'Unione e quelle nazionali ma anche altre norme di origine esterna, tra le quali – per ciò che qui maggiormente importa – quelle della CEDU, idonee a spiegare effetti anche sul versante dei rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno. Ancora di più, poi, siffatte interferenze potranno aversi a seguito dell'eventuale adesione dell'Unione alla CEDU.

Si riconsideri, ad es., lo scenario sopra evocato in cui si faccia questione a riguardo del “luogo” in cui si situa la miglior tutela. Nel caso che, a giudizio dell'operatore, essa stia nella Convenzione, potrebbe assistersi – in via di mero principio – alla disapplicazione (o, se si vuol riprendere una qua-

²⁵ Faccio riferimento al *paper* illustrato da V. PICCONE, dal titolo *La primauté nell'Unione allargata*.

²⁶ La natura composita dell'identità costituzionale sia dell'Unione che dello Stato è ora rilevata nel mio [Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?](#), in questa [Rivista](#), 3/2015, 17 dicembre 2015, 835 ss., spec. 840 ss. Cfr. al mio punto di vista quelli espressi da F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013 e, più di recente, T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, in [Federalismi.it](#), 24/2014, 24 dicembre 2014, e, pure *ivi*, G. CAPONI - V. CAPUOZZO - I. DEL VECCHIO - A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*.

lifica cara alla giurisprudenza costituzionale, alla “non applicazione”) non del solo diritto interno ma persino di quello eurounitario per far posto al diritto convenzionale²⁷.

Non torno poi qui sulla questione di ordine tecnico-processuale se un accertamento siffatto compete direttamente ed esclusivamente al giudice comune ovvero, come reputa giusto il giudice costituzionale, a quest’ultimo. La soluzione dietro esposta con riguardo alla distinzione tra il caso di tutele che si situino a diverse “altezze” e quello di discipline invece reciprocamente incompatibili è, infatti, a mia opinione, da tener ferma anche laddove l’arena risulti affollata per la presenza di più Carte in competizione, ciascuna assumendo di poter esporre la merce migliore sul mercato dei diritti.

Come si vede, anche per l’aspetto ora considerato se ne ha una ulteriore sottolineatura del carattere relativo o condizionato del primato, secondo quanto peraltro risulta con chiarezza dalla lettera dell’art. 53, sopra cit. Va, nondimeno, aggiunto che l’ipotesi della mutua integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, sul terreno dei rapporti tra CEDU e Carta dell’Unione è verificata dai non pochi casi di sostanziale coincidenza delle rispettive previsioni, di cui si ha esplicito riconoscimento nelle spiegazioni allegate alla Carta stessa e potrà peraltro ricevere ulteriore incoraggiamento ad affermarsi a seguito dell’eventuale adesione dell’Unione alla CEDU²⁸.

Questa eventualità non sembra invero essere alle porte, come si è rammentato accennando al parere al riguardo emesso dalla Corte di giustizia. Una spinta nel senso della convergenza delle tutele, se non pure della loro piena integrazione, può, ad ogni buon conto, venire dal prot. 16 allegato alla CEDU, che può dar modo ai giudici abilitati a rivolgersi alla Corte EDU di giocare un ruolo unificante che, ancora una volta, appare essere di prima grandezza²⁹.

Il giudice, infatti, ha da produrre ogni sforzo possibile volto a liberarsi dalla imbarazzante situazione in cui verrebbe a trovarsi nel caso che, interpellando entrambe le Corti europee, dovesse da esse ricevere indicazioni divergenti. Dal loro canto, anche le Corti non hanno convenienza a farsi guerra a vicenda, da cui uscirebbero comunque entrambe sconfitte. I sempre più frequenti richiami che esse si fanno a vicenda sono indicativi di un *trend* in crescita ispirato a “leale cooperazione” che il meccanismo di consultazione introdotto dal prot. in parola potrebbe ulteriormente alimentare e rimarcare.

Due innovazioni sarebbero tuttavia, a mia opinione, al riguardo consigliabili: la estensione del meccanismo stesso anche ai giudici non di ultima istanza e l’introduzione di forme di raccordo “razionalizzato” tra le due Corti europee³⁰.

L’una cosa può valere a rendere ancora più diffusa e radicata in ambito interno l’affermazione della Convenzione, prevenendosi l’eventualità di fraintendimenti della giurisprudenza europea, col rischio che ad essi si accompagna di possibili violazioni della Convenzione stessa, da cui peraltro è

²⁷ Non si dimentichi, peraltro, che la Carta dei diritti dell’Unione richiede di esser intesa – laddove possibile – in modo conforme alla Convenzione, fatta ad ogni buon conto salva la maggior tutela che dovesse essere offerta ai diritti dalla Carta stessa.

²⁸ Ovviamente, si presuppone qui che ci si trovi in ambito materiale ricadente nella sfera di competenze dell’Unione (sui casi in cui la Carta di Nizza-Strasburgo è costretta a restare “dormiente”, v., ora, i puntuali rilievi di C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”*, cit., § 3; inoltre, K. STERN, *La Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea. Riflessi sulla forza vincolante e l’ambito di applicazione dei diritti fondamentali codificati nella Carta*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2014, 1235 ss., spec. 1248 ss.). Va, nondimeno, tenuta presente la tendenza alla espansione della sfera stessa, specificamente per mano della giurisprudenza.

²⁹ Su ciò, notazioni di vario segno in E. LAMARQUE (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Giappichelli, Torino 2015; v., inoltre, ora, l’approfondito studio di M. DICOSOLA - C. FASONE - I. SPIGNO, *The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System*, in *German Law Journal*, 6/2015, 1° dicembre 2015, 1387 ss.

³⁰ Riprendo qui, con ulteriori precisazioni, talune indicazioni che sono nel mio *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, cit., 845 ss.

da attendersi la eventuale chiamata a responsabilità dello Stato per fatto del giudice³¹. È chiaro che, in uno scenario siffatto, si dovrà quindi porre mano alla predisposizione di misure volte ad assicurare un adeguato livello di funzionalità della giurisdizione europea, sul cui capo potrebbe piovere una messe di richieste di parere ancora più imponente delle questioni poste negli anni a noi più vicini in sede giurisdizionale. Ciò che potrebbe aversi in molti modi, secondo quanto peraltro testimoniano le varie discipline adottate presso gli ordinamenti che conoscono meccanismi di ricorso diretto al giudice costituzionale.

L'altra cosa, poi, conviene che prenda forma a mezzo di una disciplina essenziale, che non soffochi la naturale vocazione di entrambe le Corti a variamente determinarsi secondo i casi. L'agilità delle movenze, infatti, è una risorsa preziosa, di cui non può farsi in alcun caso a meno, a beneficio della formazione di indirizzi giurisprudenziali a un tempo stabili e suscettibili di adattamenti al variare dei contesti in cui s'inscrivono e dei casi dagli stessi riguardati.

Non credo, ad ogni buon conto, che giovi privarsi di un canale ufficiale di comunicazione tra le Corti, abbandonando i loro rapporti a svolgimenti in tutto liberi e sregolati, secondo occasione. Si può poi discutere se si possa realisticamente centrare l'obiettivo ambizioso di una disciplina che innovi ai trattati ovvero se, perlomeno nel breve periodo, convenga far luogo ad una regolamentazione frutto di autoproduzione delle stesse Corti, quale potrebbe aversi a mezzo di un protocollo d'intesa analogo a quello da ultimo siglato tra la Corte di Cassazione e la Corte EDU³².

Questa seconda via mi parrebbe maggiormente scorrevole, se non altro perché darebbe modo alle stesse Corti di sperimentare sul campo termini e modi dei reciproci raccordi, magari in vista della "razionalizzazione" di questi ultimi con le procedure solenni della revisione dei trattati. In ogni caso, non dubito che giovi non ingabbiare i rapporti stessi assoggettandoli a vincoli procedurali e sostanziali stringenti: la previsione di reciproche consultazioni e di occasioni di scambi di vedute su questioni particolarmente spinose e ricorrenti potrebbe, dunque, rivelarsi la carta vincente (se del caso, aprendo il confronto altresì a studiosi ed esponenti in genere della cultura giuridica, ad es. attraverso seminari organizzati presso questa o quella Corte).

D'altro canto, la duttilità strutturale di talune specie di pronunzie sempre più di frequente adottate dalle Corti in parola (e dalle stesse Corti costituzionali di diritto interno), di cui sono emblematica espressione le sentenze-pilota da un canto, le additive di principio dall'altro, è indice eloquente di quello che può considerarsi un autentico metodo delle relazioni intergiurisdizionali, una spia particolarmente significativa di una *tendenza alla federalizzazione dei diritti e dei modi della loro tutela* – come ho ritenuto altrove di chiamarla³³ –, di cui le pronunzie suddette costituiscono una particolarmente significativa testimonianza, allo stesso tempo sollecitandosi l'ulteriore avanzamento e radicamento di siffatto modello di relazioni interordinamentali (e, segnatamente, intergiurisdizionali), della cui bontà mi faccio sempre più convinto.

Occorre, insomma, allestire un sistema complesso, per gradi, di "rinvii" (in larga accezione) da una Corte all'altra, a mia opinione senza alcun ordine preconstituito di priorità. Così, in caso di rinvio alla Corte di Lussemburgo, quest'ultima potrebbe valutare se avvalersi della previa consultazione con la Corte di Strasburgo prima di dare risposta al giudice nazionale, e viceversa: essendo fatta richiesta di parere alla Corte europea, questa potrebbe giudicare opportuna la previa acquisizione del parere della Corte dell'Unione prima di pronunziarsi a sua volta.

Si dirà che le Corti non hanno convenienza a legarsi le mani o, comunque, ad assoggettarsi a condizionamenti di fatto³⁴, quali potrebbero discendere dall'attivazione dei meccanismi di raccordo

³¹ Tralascio poi qui di soffermarmi sugli effetti che l'estensione qui auspicata potrebbe determinare al piano dei rapporti interni all'ordine giudiziario, con specifico riguardo alla sua incidenza sul ruolo di nomofilachia della Cassazione, limitandomi a rimarcare il particolare rilievo della questione.

³² Sollecito, per la mia parte, a guardare con interesse a questa ulteriore testimonianza di sensibile e fattiva disponibilità dei giudici comuni, manifestata per bocca del loro massimo esponente, a "dialogare" con la Corte europea, della quale peraltro si fa opportunamente menzione nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015* del Presidente della Cassazione, G. CANZIO, 92 s.

³³ Ancora da ultimo, nella mia *op. et loc. ult. cit.*

³⁴ ... nell'assunto che i pareri spontaneamente chiesti non siano appunto giuridicamente vincolanti.

in parola. L'indisponibilità all'ascolto tuttavia mi parrebbe essere una scelta cattiva, anzi pessima, un autentico *boomerang* insomma. I conflitti potrebbero infatti crescere per numero ed asprezza, con nocumento – al tirar delle somme – per tutti, soprattutto per i portatori dei diritti.

Per altro verso, la ricerca, non di rado assai impegnativa e sofferta ma anche appassionante e gratificante, della miglior tutela passa di necessità, come si è veduto, per la via del “dialogo”. Sta, poi, ai parlanti decidere se allargarla e spianarla oppure restringerla e renderla impervia.

Il “dialogo”, con tutti i rischi e gli insuccessi che pure possono accompagnarne il non sempre lineare e comunque sofferto cammino, rimane pur sempre la migliore risorsa di cui si dispone, in un ordine sovranazionale tendente alla propria crescente integrazione e federalizzazione, al fine di assicurare un tutela complessivamente appagante ai diritti, pur in una congiuntura di certo non benigna per la loro affermazione.

Assumere che, in uno scenario siffatto, possa aversi il primato *per sistema* di un ordinamento sull'altro e di una Corte sull'altra sarebbe – a me pare – cosa priva di senso alcuno, comunque impossibile da tradurre in concreto.

Di contro, tendere al primato di *tutte le Carte assieme*, a mezzo della loro reciproca e paritaria integrazione culturale, è la scommessa che le Corti sono chiamate a giocare e che devono vincere, al servizio delle istituzioni di appartenenza e dei diritti.