



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2018 FASC. III
(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI

**CORTE COSTITUZIONALE, CORTI EUROPEE, GIUDICI COMUNI:
LE APORIE DI UNA COSTRUZIONE GIURISPRUDENZIALE
*IN PROGRESSE A GEOMETRIA VARIABILE***

24 OTTOBRE 2018

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri**Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale *in progress* e a geometria variabile***

SOMMARIO: 1. I rapporti tra le Corti: un quadro soggetto a continuo rifacimento e connotato da opacità delle linee di svolgimento in esso tracciate, ovverosia le frequenti e incisive, seppur non sempre immediatamente visibili, manipolazioni da parte del giudice costituzionale dei materiali normativi evocati in campo dai casi. – 2. La “riscrittura” della Carta costituzionale *ope juris prudentiae* e le tre più salienti novità introdotte al piano dei rapporti interordinamentali. – 3. La mutua incidenza culturale che le Corti si fanno e la sua ricaduta in sede di salvaguardia dei diritti: le convergenze e divergenze degli orientamenti e la tendenza manifestata da ciascuna Corte a considerare la Carta di cui è istituzionalmente garante idonea ad assicurare sempre il massimo *standard* di tutela. – 4. Le tecniche difensive poste in essere dal giudice costituzionale al fine di smarcarsi dal *pressing* delle Corti europee: in particolare, la scissione operata tra diritto convenzionale vigente e diritto vivente e la discontinuità d’indirizzo segnata dall’ultima giurisprudenza costituzionale, nel segno di un marcato “riaccentramento” dei giudizi. – 5. L’attivazione dell’arma dei “controlimiti” e l’avocazione al sindacato della Consulta di ogni caso in cui essi si considerino violati: le indicazioni date dalla giurisprudenza, specie ad opera di [Corte cost. n. 269 del 2017](#), e la loro critica. – 6. Il costo che la Consulta ha dovuto pagare per riaffermare la *primauté* della Costituzione e la... *propria*: lo scostamento dai canoni che stanno a base dei giudizi di costituzionalità e il conseguente, insopportabile innalzamento del tasso di politicità di questi ultimi.

1. I rapporti tra le Corti: un quadro soggetto a continuo rifacimento e connotato da opacità delle linee di svolgimento in esso tracciate, ovverosia le frequenti e incisive, seppur non sempre immediatamente visibili, manipolazioni da parte del giudice costituzionale dei materiali normativi evocati in campo dai casi

Confesso che man mano che viene alla luce una nuova pronuncia di questa o quella Corte si rinnova in me il dubbio in merito ai riflessi che essa può avere al piano dei rapporti tra le Corti stesse, se gli equilibri perennemente precari che tra esse si intrattengono ne abbiano uno spostamento, se sì quale ne sia la entità o la valenza, infine quali scenari potrebbero prefigurarsi per l’immediato futuro. Il vero è che il quadro complessivo appare connotato da fluidità ed opacità degli elementi costitutivi e la stessa cornice in cui esso s’inscrive tende peraltro a dimostrarsi alquanto flessibile, sì da consentire ai rapporti suddetti di potersi svolgere e radicare anche in campi materiali dapprima non esplorati. Insomma, è come una partita di calcio tra squadre di prima grandezza, che si rinnova ogni volta con esiti incerti, rendendosi quindi assai problematico stabilire chi vincerà il campionato o la coppa, con la differenza che nel calcio la singola partita può finire in parità mentre il campionato o la coppa vede sempre un solo vincitore, laddove quando i giocatori sono le Corti al tirar delle somme potrebbero non esserci né vincitori né vinti, ed anzi – come tenterò di mostrare – proprio quest’esito è quello auspicabile.

Stante lo spazio ristretto disponibile, guarderò ai rapporti suddetti specificamente dall’angolo visuale della Corte costituzionale e della sua giurisprudenza, limitandomi solo a qualche cenno, assolutamente necessario, ai punti di vista delle Corti europee ed a quello dei giudici nazionali, specificamente soffermandomi, quanto a questi ultimi, su quello fatto proprio dal giudice della nomofilachia. Un angolo visuale, il primo, peraltro – come si diceva – mobile, continuamente cangiante, sì da rendersi problematico e forse pure obiettivamente sterile e forzoso il tentativo di fermarlo e di darne una nitida ed esaustiva rappresentazione che, come in una foto, fatalmente risulterebbe “mossa” e tutt’al più consentirebbe a fatica di riconoscere i lineamenti dei soggetti ritratti.

* *Testo rielaborato di un intervento svolto alle Giornate di studio, organizzate in occasione del settantesimo compleanno di P. Costanzo, su Giustizia costituzionale e tutela dei diritti nella società dell’informazione, Genova 24-25 ottobre 2018, alla cui data lo scritto è aggiornato. Ringrazio di cuore Lara Trucco per avermi offerto l’opportunità di concorrere con questo mio piccolo contributo ad onorare P. Costanzo, valoroso collega e amico carissimo.*

La Consulta (e, *mutatis mutandis*, anche le altre Corti) ha molti volti o, se si preferisce dire altrimenti, molte maschere con cui copre il proprio volto, in ragione della posta in palio e del contesto (nella sua più larga accezione: politica, economica, sociale in genere) in cui la singola vicenda processuale s'inscrive e svolge.

Volendo ridurre al massimo (e sia pure col costo di far luogo ad un'analisi assai approssimativa e semplificativa rispetto ad una realtà invece ricca di sfaccettature ed internamente composita), due sono gli ambiti di esperienza maggiormente coltivati, in ciascuno dei quali peraltro è fatto uso di più "maschere": quello dei rapporti di diritto interno, in ispecie con gli operatori politico-istituzionali e con gli organi di garanzia (tra i quali, per ciò che è qui di specifico interesse, i giudici), e l'altro dei rapporti interordinamentali (e, tra questi, appunto quelli con le Corti europee). In entrambi, la tattica alla quale la Consulta sembra assai di frequente fare ricorso è quella dello *stop and go*, peraltro applicata a seconda delle circostanze in forme assai diverse e con effetti parimenti diversi. Bastone e carota, insomma. Il punto è però che non sempre la Corte si presenta avvertita del fatto che la tattica stessa può in alcuni casi dimostrarsi un *boomerang*, ritorcendosi contro chi l'ha lanciato senza che neppure si renda conto di essere dallo strumento colpito. È vero, però, che la Corte ha col tempo maturato il convincimento che una sua precedente linea di condotta non aveva centrato il bersaglio, sì da indurla a mutare registro: della qual cosa abbiamo numerose testimonianze in entrambi i versanti lungo i quali i rapporti suddetti hanno svolgimento¹.

Il versante interno non può essere ora battuto; va tuttavia osservato che i versanti in parola non sono affatto rigidamente separati, intersecandosi e intrecciandosi variamente lungo il loro percorso: esattamente come due linee che alle volte scorrono parallele, altre appaiono divergenti, altre ancora – e questo qui importa adesso rilevare – invece convergenti, venendo a toccarsi dapprima in un punto e di poi in altri. È importante non fermarsi alle apparenze che, alle volte, come negli effetti ottici danno luogo ad immagini ingannevoli e deformanti. Ad es., non è vero (o, meglio, non è sempre vero) che, laddove la Corte faccia luogo alla caducazione di un testo di legge, applichi per ciò stesso una sanzione a carico degli organi della direzione politica cui esso si deve², così come quando rigetta la questione non è sempre vero che offra avallo alla decisione politica racchiusa nel testo fatto salvo. Un siffatto modo di vedere le cose semplifica invero una realtà assai più composita, fluida, sfuggente, com'è avvalorato dalla circostanza per cui non di rado le manipolazioni maggiormente incisive sono – come si sa – proprio quelle che si hanno per via sotterranea, che si "mascherano" appunto, trincerandosi dietro innovativi (e però pure talvolta temerari) utilizzi degli strumenti d'interpretazione³, portati ad esasperate affermazioni, tanto più rilevanti e gravide di implicazioni nei casi in cui hanno ad oggetto gli stessi parametri nei giudizi di costituzionalità. In congiunture siffatte, la Corte, in buona sostanza, "riscrive" – com'è stato rilevato dalla più avvertita dottrina⁴ – i testi normativi, i termini cioè della questione. È vero che altro sono

¹ Così, solo per fare i primi esempi che vengono in mente e che cadono nel campo di esperienza qui specificamente coltivato, per ciò che attiene alle tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto interno e diritto comunitario, in relazione alle quali un momento di svolta è stato segnato – come si sa – dalla [170 del 1984](#), oppure, sempre nello stesso ambito di esperienza, con riferimento alla facoltà, dapprima dalla Consulta negata e poi riconosciuta a se stessa in merito all'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale e, infine, quanto al modo di assicurare protezione alla Carta di Nizza-Strasburgo avverso lesioni ad opera di norme di legge, laddove ricorrano le condizioni di cui alla [sent. 269 del 2017](#).

² ... secondo una nota ricostruzione teorica patrocinata da T. MARTINES in più scritti, tra i quali l'ormai "classico" *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano 1957, 280 ss. (sul pensiero di M. sul punto si può, se si vuole, vedere il mio *Indirizzo politico e giustizia costituzionale nel pensiero di T. Martines*, in AA.VV., *Indirizzo politico e Costituzione a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, a cura di M. Ainis - A. Ruggeri - G. Silvestri - L. Ventura, Giuffrè, Milano 1998, 259 ss.).

³ ... tra i quali uno speciale e crescente rilievo ha via via assunto quello della interpretazione conforme, nelle sue plurime espressioni (a Costituzione, a diritto internazionale, a diritto sovranazionale), nonché nella varietà degli effetti ad esse conseguenti.

⁴ Ricordo qui solo un denso commento di A. MORRONE ad una nota pronunzia della Consulta (*La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 8 ottobre 2003); molti altri esempi però, possono ovviamente farsi a tappeto, per l'intero campo costituzionale nel quale si sono radicate e vanno senza sosta crescendo e rinnovandosi numerose e incisive modifiche tacite della Carta (indicazioni di recente in M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, relaz. al Convegno del Gruppo di Pisa su *Alla prova*

le manipolazioni delle disposizioni (in specie, le addizioni o sostituzioni operate a carico degli atti giudicati) ed altra cosa le manipolazioni della loro sostanza normativa per via d'interpretazione, quali si hanno perlopiù⁵ a mezzo di pronunzie di rigetto, secondo la comune opinione prive di efficacia generale⁶. Se però si guarda alla sostanza dell'operazione di volta in volta posta in essere, tralasciando il dato pure di non secondario interesse degli effetti riconducibili alle singole pronunzie per il tipo cui appartengono⁷, ci si avvede che il tasso di creatività o "normatività" da esse espresse può essere non minore in decisioni pure vavevoli unicamente per il caso cui si riferiscono⁸.

Molti esempi possono farsi a conferma di quest'assunto. Sta di fatto che, per ragioni varie legate al contesto in cui le singole vicende processuali s'inscrivono e svolgono, la Corte si è non poche volte trovata costretta a piegare i canoni che stanno a base dei suoi giudizi in funzione dell'obiettivo avuto di mira, tanto nel segno dell'avallo offerto ai decisori politici ed agli operatori istituzionali in genere quanto pure nel segno opposto della sanzione somministrata a carico degli atti o comportamenti da essi posti in essere⁹.

2. La "riscrittura" della Carta costituzionale ope juris prudentiae e le tre più salienti novità introdotte al piano dei rapporti interordinamentali

Al piano dei rapporti interordinamentali¹⁰, la "riscrittura" del parametro costituzionale si è avuta

della revisione. *Settant'anni di rigidità costituzionale*, Catanzaro 8-9 giugno 2018, nella [Rivista](#) telematica del Gruppo di Pisa, nonché, pure [ivi](#), nel mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 2/2018, 20 giugno 2018).

⁵ Non possiamo, ovviamente, neppure escludere che le manipolazioni di questa seconda specie si abbiano anche a mezzo di decisioni di accoglimento; la Corte, però, vi fa ricorso soprattutto al fine di salvare i testi, sia pure col costo di stravolgerne il contenuto.

⁶ In altri luoghi mi sono dichiarato avverso l'accoglimento di siffatta opinione; non faccio tuttavia ora neppure un cenno al mio punto di vista, rigettato da dottrina e giurisprudenza correnti.

⁷ È chiaro che non è la stessa cosa che una decisione valga per tutti ovvero unicamente per l'autorità remittente; non si sottovaluti, tuttavia, l'effetto di trascinamento che si accompagna soprattutto ad alcune decisioni, ogni qual volta si assiste al consolidamento del punto di diritto enunciato dalla Consulta grazie all'affermazione di una vera e propria consuetudine interpretativa che venga a formarsi lungo il solco tracciato dal giudice costituzionale. Della qual cosa si ha riscontro soprattutto con riferimento a questioni di ordine istituzionale, quali quelle sopra in via esemplificativa indicate in nt. 1.

⁸ Di sentenze "normative" del giudice delle leggi un'accreditata dottrina ha discorso – come si sa – unicamente con riferimento ad alcune specie di decisioni (per tutti, G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss., e C. PANZERA, *Sentenze "normative" della Corte costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a mia cura, ESI, Napoli 2006, 497 ss. e, dello stesso, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013); come si viene dicendo nel testo, però, a me pare che, se si guarda all'operazione di rifacimento della sostanza normativa espressa dalle leggi stesse, se ne ha traccia, seppur molte volte non vistosa, anche in decisioni di altra specie.

⁹ Solo un paio di esempi al riguardo, al fine di dare un minimo di concretezza al discorso che si va ora facendo. E, dunque, si consideri la giurisprudenza in tema di atti normativi del Governo di grado primario, con specifico riguardo ai decreti-legge, considerati sindacabili – come si sa – unicamente in caso di "evidente mancanza" dei presupposti fattuali che ne giustificano l'adozione; il che – come mi sono sforzato di argomentare in altri luoghi – equivale ad ammettere che, laddove la mancanza vi sia senza nondimeno che risulti "evidente", non se ne potrebbe avere l'annullamento. La qual cosa porta ad una innaturale contrazione o, diciamo pure, ad una vera e propria sofferenza del parametro costituzionale. E ancora si pensi alla discussa (e discutibile) giurisprudenza in materia elettorale, che a giudizio di molti ha comportato il sacrificio della rilevanza, immolata sull'altare di un sindacato che a tutti i costi si voleva svolgere su leggi foriere di guasti politico-istituzionali gravissimi [indicazioni di vario segno, tra i molti altri, in AA.VV., *Corte costituzionale e leggi elettorali delle Camere*, a cura di G. Ferri, ESI, Napoli 2017; A. VUOLO, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, spec. 127 ss., nonché nei contributi che sono in [Astrid](#), 12/2018, 19 settembre 2018, ed [ivi](#), part. S. LIETO, *Legge elettorale e controllo di costituzionalità. Ovvero: quando il fine giustifica (sempre?) i mezzi*].

Altri esempi ancora, specificamente riguardanti il tema oggetto di questo studio, saranno fatti a momenti.

¹⁰ Ha di recente fatto il punto sulle aperture della Carta al riguardo E. CANNIZZARO, *I valori costituzionali oltre lo Stato*, relaz. al Convegno su *La Costituzione fra rigidità e trasformazioni*, Firenze 18 maggio 2018, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2018; una rivisitazione dei lavori della Costituente può, poi, vedersi in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, 3 ss., e P. FARAGUNA, *Costituzione senza confini?*

praticamente a tappeto, non lasciando immuni dall'opera riconformativa della giurisprudenza neppure gli angoli più reconditi del campo materiale in cui i rapporti medesimi si impiantano e svolgono.

Tre, a mia opinione, le novità di maggior peso; e dalle stesse, come si tenterà di mostrare, discendono i più salienti sviluppi delle relazioni che il giudice costituzionale intrattiene con le Corti europee per un verso, coi giudici comuni per un altro.

La prima è data dall'avallo generosamente offerto a talune scelte politico-normative di fondo poste in essere dal legislatore e aventi di mira il rifacimento della struttura dell'ordinamento, piegata all'obiettivo di dare un certo assetto ai rapporti interordinamentali, segnatamente a quelli con le Comunità europee prima e, quindi, con l'Unione europea. Scelte che, ad opinione di molti di noi, hanno dato l'avvio ad un vero e proprio *processo costituente europeo*, tuttora in corso, dagli indefiniti connotati e dagli esiti parimenti incerti. Non è, anzi, da escludere – come si è altrove osservato¹¹ – che gli esiti stessi non si avranno, nel senso che, a differenza di ciò che solitamente accade nelle esperienze degli Stati, laddove il processo costituente o riesce a pervenire a compiuta maturazione dando vita ad un nuovo ordine costituzionale ovvero fallisce e spiana dunque la via alla restaurazione dell'ordine preesistente, il processo costituente europeo potrebbe invece restare in una condizione permanentemente *in progress*.

Sta di fatto che, al fine di spianare la via alla costruzione dell'edificio (comunitario prima e di poi) eurounitario, la Corte ha – come si è fatto notare in altre sedi – convertito la norma di valore, di cui all'art. 11, in norma sulla produzione giuridica, portando all'effetto di “decostituzionalizzare” la Costituzione, di renderla cioè cedevole davanti alla legge comune di esecuzione dei trattati e, per mano di questa, nei riguardi dell'intero diritto sovranazionale, sia originario che derivato. In realtà, la Costituzione dichiara, sì, soggetta a limiti la sovranità dello Stato ma nulla dice in merito al modo con cui essi possono concretarsi; ciò che, a parer mio, avrebbe dovuto stabilirsi con legge costituzionale, proprio perché l'oggetto della stessa è il valore fondante la Repubblica (art. 1), con la sola fonte, cioè, abilitata ad “inventare” fonti provviste di forza parimenti costituzionale¹².

Il vero è che, per ragioni storico-politiche a tutti note, non c'erano al tempo dell'avvio della costruzione europea e, forse, non ci sono neppure oggi da noi (e a differenza di ciò che si è avuto in altri ordinamenti) le condizioni per l'adozione di una *Europaklausel* a mezzo delle procedure di cui all'art. 138 e ci si è trovati pertanto costretti a ripiegare sugli strumenti ordinari di normazione¹³. Uno (e, forse, proprio il più rilevante) caso in cui *il fine giustifica il mezzo*: affermazione, questa,

Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale, in AA.VV., *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, a cura di F. Cortese - C. Caruso - S. Rossi, FrancoAngeli, Milano 2018, 63 ss.

¹¹ Da ultimo, nel mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, cit., § 6, spec. in nt. 72.

¹² Secondo l'aureo insegnamento di una non dimenticata dottrina (sopra tutti, V. Crisafulli), nessuna fonte può istituire fonti concorrenziali a se stessa, trasmettere cioè ad esse la propria forza (una succinta ma densa riflessione sul punto è ora in G. SILVESTRI, *Costituzione e fonti primarie*, relaz. al Convegno su *La Costituzione fra rigidità e trasformazioni*, cit., in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2018, spec. al § 3). Questa regola, tuttavia, non può valere al piano costituzionale, proprio perché ad esso non può darsi alcun atto espressivo di potere costituito provvisto di forza maggiore. Questa stessa è, a mio modo di vedere, la ragione per cui la disciplina del procedimento di formazione di una fonte non può che aversi, a rigore, per mano di fonte sovraordinata ovvero anche di altra fonte purché allo scopo espressamente abilitata da fonte superiore. Ancora una volta, tuttavia, la regola non può valere per il piano costituzionale; e lo stesso art. 138, superandosi il noto “puzzle” di rossiana memoria, può, sì, essere oggetto di una nuova disciplina ad opera degli stessi atti da esso regolati, sempre che – come si è fatto da tempo notare – venuti alla luce nel rispetto dei canoni ai quali pure essi innovino, con effetti che, logicamente e positivamente, non possono che aversi per il futuro (in argomento, v., di recente, F.R. DE MARTINO, *Le deroghe all'articolo 138 della Costituzione. L'esperienza repubblicana*, ESI, Napoli 2014, e, dello stesso, ora, *La revisione della revisione. Modificabilità e derogabilità dell'art. 138 Cost.*, relaz. al Convegno su *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., e P. CARNEVALE, *L'art. 138 della Costituzione fra deroghe e applicazioni*, relaz. al Convegno su *La Costituzione fra rigidità e trasformazioni*, cit., in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2018).

¹³ Palesemente inadeguato il riferimento fatto agli obblighi comunitari nel I c. dell'art. 117, così come novellato nel 2001, laddove avrebbe dovuto farsi luogo ad una più articolata disciplina, seppur – conformemente alla sede in cui è iscritta – essenziale, facendosi quindi rimando per i suoi opportuni svolgimenti a leggi comuni e ad altri atti ancora di normazione, quali i regolamenti parlamentari.

che nella sua obiettiva crudezza può avere (ed in effetti ha) un senso al piano politico ma che non può (o non potrebbe...) averne alcuno in uno Stato costituzionale, laddove le forme hanno valore di sostanza e richiedono di essere scrupolosamente osservate¹⁴.

La seconda novità è stata introdotta di recente, con la [sent. n. 238 del 2014](#), per ciò che attiene al versante dei rapporti tra norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale e norme di diritto interno in genere e costituzionali in specie. I profili di maggior interesse ai fini dello studio che si viene facendo sono al riguardo due: *a*) il riconoscimento che l'oggetto del sindacato di costituzionalità può esser dato da norme prodotte non soltanto da *atti* ma anche da *fatti* di normazione (nella circostanza, la norma interna di adattamento automatico nei riguardi della norma internazionale); *b*) il riconoscimento che la Consulta fa a se stessa della competenza a conoscere *in via esclusiva* di ogni forma di violazione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, pur laddove – si faccia caso – la norma che se ne renda responsabile sia da considerare radicalmente nulla-inesistente.

Come si vede, per entrambi i profili lo scostamento dai canoni processuali è vistoso: quanto al primo, la deroga è *per tabulas* nei riguardi della lettera dell'art. 134 della Carta; per il secondo, per vero, si può discutere, come in effetti si discute, in merito alla eventualità che la Consulta sia adita pur laddove l'atto e/o la norma oggetto della questione risultino sospetti – come ha fatto notare una sensibile dottrina¹⁵ – di *anticostituzionalità* (e non di mera *incostituzionalità*), ovverosia si considerino afflitti da *invalidità di tipo forte*¹⁶. Ammettiamo pure che ciò possa aversi, malgrado la lettera dell'art. 136, facendo riferimento alla perdita di efficacia *pro futuro* lasci intendere che l'effetto prodotto dalle decisioni di accoglimento sia di annullamento (e non già di mera dichiarazione di nullità-inesistenza) e che perciò ci si debba rivolgere alla Corte unicamente laddove ricorrano le condizioni per l'eventuale annullamento stesso. Ebbene, ugualmente non potrebbe escludersi il caso che la inesistenza in parola sia rilevata da ciascun operatore (e, dunque, anche dal giudice comune), senza bisogno che allo scopo sia evocata in campo la Consulta. Insomma, quando pure non si reputi superato dall'orientamento della Corte il disposto di cui all'art. 136, di certo se ne fa un singolare utilizzo con effetti d'immediata evidenza al piano dei rapporti coi giudici comuni, il cui ruolo risulta vistosamente contratto, secondo quanto peraltro si vedrà ancora meglio a breve, riferendo di un'esperienza di particolare rilievo sul terreno delle relazioni interordinamentali.

La terza novità è data dalla “copertura” benevolmente offerta alla legge cost. del 2001 con cui è stato riscritto l'intero Titolo V e, tra l'altro, introdotto al I c. dell'art. 117 il riferimento al limite degli obblighi internazionali dotandolo di generale valenza¹⁷. Ed è superfluo qui rammentare che proprio su questa novità ha fatto leva la giurisprudenza, ormai corposa, relativa alla CEDU, con riflessi anche in relazione ad altre Carte dei diritti (quale la Carta sociale europea, su cui si è avuta una importante pronuncia recente del giudice delle leggi, la [sent. n. 120 del 2018](#), le cui implicazioni di ordine istituzionale non sono ancora state, a mia opinione, fino in fondo indagate¹⁸).

Per vero, la Consulta si è sforzata di ridimensionare, almeno in una certa misura, la novità suddetta, i cui effetti dirompenti sono stati subito colti da una sensibile dottrina¹⁹, argomentando che non già di una deroga al modello costituzionale si trattava bensì della sua mera integrazione. Se, però, si conviene sulla lettura in passato comunemente invalsa (e – si faccia caso – accreditata dalla stessa giurisprudenza) dell'art. 10 della Carta, secondo cui i trattati internazionali (*rectius*, le leggi

¹⁴ Giusta, pertanto, la risoluta affermazione di una sensibile dottrina secondo cui “i fini non giustificano mai i mezzi, perché sono sempre i mezzi a prefigurare i fini” (A. PUGIOTTO, *Dalla “porta stretta” alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169).

¹⁵ A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.

¹⁶ ... secondo una formula caldeggiata da R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*², Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.

¹⁷ Dapprima, come si sa, esso riguardava unicamente le leggi regionali, non pure quelle dello Stato.

¹⁸ Tra i primi commenti, v. S. STURNIOLO, *Una porta prima facie aperta ma in realtà ancora “socchiusa” per la Carta sociale europea*, e G. MONACO, *Il vincolo degli obblighi internazionali e l'utilizzo della Carta Sociale Europea come norma interposta nel giudizio di legittimità sulle leggi*, entrambi in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), rispettivamente, 13 luglio e 20 settembre 2018.

¹⁹ V., part., M. LUCIANI, *Camicia di forza federale*, in *La Stampa*, 3 marzo 2001.

che vi danno esecuzione) sono, in punto di astratto diritto, derogabili da leggi comuni sopravvenienti, pur con alcune note eccezioni²⁰, ed allora appare invero assai arduo dimostrare che la previsione del nuovo art. 117, I c., non urti con un principio fondamentale dell'ordinamento e, perciò, non sia affetta da invalidità ("forte" o "debole" che sia)²¹.

Se le cose stanno così come qui sono viste e assumendo dunque che l'assetto dei rapporti interordinamentali risulti *quodammodo* "pietrificato" dal sistema di cui agli artt. 10 e 11, nel loro comporsi in unità coi principi fondamentali restanti, in un solo modo si potrebbe giustificare l'operato della Corte: assumendo che abbia dato il proprio, decisivo concorso all'affermazione di un fatto "costituente" mirante all'obiettivo di assoggettare l'ordine interno all'*intero* ordine internazionale (e non soltanto a quella sua parte risultante da norme non scritte ovvero da norme scritte dotate di esplicito e puntuale richiamo in Costituzione). Un'autentica rivoluzione copernicana, insomma, che ha offerto un puntello formidabile ai valori di pace e di giustizia tra le Nazioni. Proprio qui, forse, sta l'appiglio di cui si dispone a giustificazione della svolta posta in essere nel 2001, assumendo cioè che la norma iscritta nel nuovo art. 117 goda di "copertura" in un principio fondamentale, quello appunto dell'art. 11, dal quale riceverebbe l'abilitazione a derogare all'art. 10, principio il primo in tesi prevalente in sede di "bilanciamento" col secondo.

Due obiezioni, tuttavia, possono farsi ad un siffatto argomentare.

La prima è che lo stesso Costituente ha a suo tempo considerato adeguato il "bilanciamento" effettuato in sede di definizione complessiva del quadro delle relazioni tra diritto internazionale e diritto interno, giudicando dunque armonico ed appagante il modo con cui i principi di cui agli artt. 10 e 11 si compongono in sistema.

La seconda è che, ad avviso della stessa Consulta (ma non di molti suoi critici, nella cui schiera anch'io mi annovero²²), sarebbe improprio il riferimento all'art. 11 in relazione alla CEDU e ad altri documenti internazionali diversi da quelli "comunitari", venendo pertanto smentita in partenza l'idea della possibile "copertura" da esso offerta a fonti internazionali pattizie diverse da quelle che nominativamente godono dello scudo costituzionale.

3. La mutua incidenza culturale che le Corti si fanno e la sua ricaduta in sede di salvaguardia dei diritti: le convergenze e divergenze degli orientamenti e la tendenza manifestata da ciascuna Corte a considerare la Carta di cui è istituzionalmente garante idonea ad assicurare sempre il massimo standard di tutela

È interessante notare che l'assoggettamento dell'ordine interno a quello internazionale (e sovranazionale) non equivale – come invece ancora oggi molti ritengono –, per ciò solo, ad un sacrificio a carico di norme e relativi istituti di diritto interno, tutt'altro! Se infatti questa vicenda la si riguarda dal punto di vista del riconoscimento e della tutela dei diritti fondamentali, ci si avvede subito che è proprio grazie all'apertura nei riguardi della Comunità internazionale e di ordinamenti sovranazionali (per ciò che qui specificamente importa, dell'Unione europea) che i diritti ne hanno avuto complessivamente un sicuro guadagno, al di là delle riserve che naturalmente possono legittimamente aversi nei riguardi di questa o quella pronunzia dell'una o dell'altra Corte europea e persino di interi loro indirizzi. Rivista però questa vicenda nel suo insieme, al tirar delle somme la Carta costituzionale ne è uscita arricchita e resa ancora più salda proprio nelle sue previsioni di maggior spessore culturale e di più elevata valenza positiva, i principi, a partire da quelli componenti – piace a me dire – la coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza (e, in

²⁰ ... e, segnatamente, con riguardo ai Patti con la Chiesa, ai trattati relativi alla condizione dello straniero in Italia e ai trattati "comunitari".

²¹ Per la lettura in parola, dunque, i riferimenti fatti alle fonti menzionate in nt. prec. concreterebbero rotture costituzionali rispetto alla regola, a finalità esclusiva, enunciata nell'art. 10, I c., alle quali non potrebbero aggiungersene altre per mano del legislatore di revisione, essendo la regola stessa stabilita da un principio fondamentale dell'ordinamento.

²² Riferimenti, di recente, in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. 92 ss. e 138 ss.

ultima istanza, dignità della persona umana).

La giurisprudenza europea è ormai, per fortuna, entrata in circolo, è stata ed è ininterrottamente soggetta a continua metabolizzazione²³, concorrendo in cospicua misura alla rigenerazione semantica degli enunciati costituzionali, alla loro integrazione e, dunque, alla loro sempre più larga capacità inclusiva e qualificatoria dell'esperienza, specie in relazione ad alcune tra le più spinose ed avvertite questioni di diritto costituzionale²⁴.

È vero, ovviamente, anche l'inverso; e la stessa giurisprudenza, costituzionale e comune (ma soprattutto, se non altro a motivo della sua maggiore visibilità, la prima²⁵), ha modo di avviare ed orientare in varia misura ed intensità i processi interpretativi delle Carte non nazionali dei diritti, quali prendono corpo presso le Corti che delle Carte stesse sono istituzionalmente garanti²⁶.

Non si sta, ovviamente, ora a dire in quale verso si indirizzano i più significativi flussi di materiali culturali (se in quello ascendente ovvero nell'altro discendente), anche perché siffatte verifiche richiedono di essere fatte sopra un terreno scivoloso, trattandosi appunto di apprezzare quali sono stati (e sono) i maggiori condizionamenti culturali nei riguardi degli indirizzi di questa o quella sede in cui si amministra giustizia.

²³ Ne danno sicura conferma i frequenti richiami che ad essa sono fatti nelle aule giudiziarie, un tempo invece del tutto assenti.

²⁴ Ne sono state date, ancora di recente, numerose testimonianze in occasione delle XI Giornate di studio su *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, svoltesi a Messina il 10 e 11 settembre 2018; è sufficiente, però, anche solo scorrere i commentari alla CEDU ed alla Carta di Nizza-Strasburgo venuti di recente alla luce per avere subito riprova della poderosa costruzione eretta dalle Corti europee in seno alla quale trovano ospitalità e protezione diritti vecchi e nuovi [v., dunque, almeno *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2016, e AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017. V., inoltre, utilmente, AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti ed E. Ferioli, Bonomo, Bologna 2018, e, con specifico riguardo alla Carta dell'Unione ed alla sua implementazione nell'esperienza per mano della Corte di giustizia, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013; P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*⁴, Giappichelli, Torino 2014, 379 ss.; A.-O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: profili costituzionali*, Jovene, Napoli 2017; AA.VV., *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, a cura di A.M. Carmona Contreras, Aranzadi, Cizur Menor 2018].

²⁵ Anche la seconda, tuttavia, ha modo di far sentire variamente la propria voce, avvalendosi peraltro di canali un tempo sconosciuti (tra i quali, ad es., quello aperto da protocolli d'intesa tra le più elevate espressioni della giurisdizione, ordinaria ed amministrativa, e la Corte EDU).

²⁶ Un ruolo di centrale rilievo è al riguardo da riconoscere alle c.d. tradizioni costituzionali comuni, fatte oggetto – come si sa – di originali ed incisive rielaborazioni da parte della Corte dell'Unione ma non estranee al *modus operandi* della Corte di Strasburgo: vuoi per effetto dei richiami che quest'ultima fa alla giurisprudenza della Corte lussemburghese e vuoi pure per i riferimenti che si hanno alle tutele nazionali, fatte oggetto di frequenti ed ampî raffronti che lasciano quindi il segno nella interpretazione della Convenzione [sulle tradizioni in parola, tra gli altri, v. O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero sia l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.; v., inoltre, utilmente, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, cit.; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss.; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in [Il Diritto dell'Unione Europea](#), Oss. eur., dicembre 2017; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 1073 ss.; i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017. Infine, G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la "saga Taricco" tra revirements e questioni irrisolte*, in [Consulta OnLine](#), [Studi 2018/II](#), 347 ss., e G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controllimiti (e viceversa)*, in [Federalismi.it](#), 11/2018, 23 maggio 2018].

Il “dialogo” – come è d’uso chiamarlo – prende peraltro forme assai varie la cui complessiva connotazione non è sempre chiaramente visibile e d’immediata sistemazione teorica. Alle volte è “tabulare”, esplicito, facendosi le Corti puntuali richiami: somiglia, insomma, a quanto avviene al piano in cui si svolgono le vicende della normazione nel tempo, con riguardo ai casi di abrogazione nominata; altre volte, però, il riferimento è tacito, rimane cioè sommerso, sicché è solo la perizia dello studioso che può portare a far emergere l’influenza di fatto avutasi da parte dell’uno nei riguardi dell’altro indirizzo giurisprudenziale.

Di tutto ciò, com’è chiaro, possono aversi adeguati ragguagli solo attraverso studi approfonditi sul campo, anzi sui campi materiali, attraverso il raffronto tra le soluzioni di merito apprestate per i singoli casi, viste anche nella loro proiezione diacronica, per il modo cioè con cui si sono avute correzioni o integrazioni di precedenti pronunzie da parte di una stessa Corte per effetto delle indicazioni venute da altre Corti.

Il “dialogo” intergiurisprudenziale, poi, non è fatto solo di riferimenti a finalità costruttiva, di riferimenti cioè nei quali la giurisprudenza di Corti diverse da quella richiamante è utilizzata a rinforzo di una tesi servente i diritti e le complessive esigenze del caso; non rari sono, infatti, altresì i riferimenti a finalità distruttiva, coi quali cioè si dichiara che un certo orientamento di altra Corte non possa trovare accoglienza. La qual cosa poi, come in un gioco di specchi, può riflettersi a carico della Carta di cui quell’orientamento è interprete e garante²⁷.

Gli scontri e i conflitti hanno, nondimeno, essi pure molti volti o forme espressive: vi sono quelli che vengono portati allo scoperto, in specie avvalendosi dell’arma dei “controlimiti”²⁸, e vi sono gli altri che nella sostanza vi sono ma che sono abilmente mascherati a mezzo di tecniche decisorie raffinate ed incisive e però utilizzate talora in modo improprio. Dal mio punto di vista, sono proprio questi i casi di maggior interesse teorico. Davanti al *pressing* esercitato da altre Corti, il giudice costituzionale tenta di smarcarsi come può; solo che lo fa – per restare nella metafora calcistica – alle volte sgomitando, facendo fallo. Il punto è che la partita tra le Corti non ha – per fortuna²⁹ – un arbitro col fischietto: ciascuna di esse, dal proprio punto di vista, si pone quale prim’attore sulla scena, *superiorem non recognoscens*, disponibile a dar spazio alle suggestioni che vengono dalle Corti restanti unicamente laddove ritenute concilianti col proprio punto di vista, alla luce dei principi di base dell’ordinamento di appartenenza.

La partita così rischia di non finire mai, esattamente come in un gioco di *ping pong* in cui nessuno sbaglia mai un colpo; o, meglio, le singole partite hanno un inizio ed una fine ma poi possono sempre venirne alla luce altre, dando modo a tutti gli operatori di rimettere a punto i propri precedenti orientamenti, se del caso rifinirli e perfezionarli ovvero rivederli, anche a fondo. Il pregio, la cifra identificante del “dialogo” sta proprio in ciò: nella sua strutturale attitudine a prolungarsi, trasformarsi, riassetarsi.

Non posso qui fare alcun riferimento ad indicazioni di merito, vale a dire a singole vicende processuali nel corso delle quali si è assistito a convergenze sopravvenute, dopo iniziali ed anche gravi e marcati dissensi, o all’opposto a divergenze conseguenti ad un anteriore periodo di sia pur relativa quiete. Mi preme piuttosto mettere in evidenza le tecniche difensive alle quali il nostro tribunale costituzionale ha fatto, specie nella più recente esperienza, ricorso, nell’intento di recuperare una centralità di ruolo che temeva essersi appannata per effetto dei raccordi diretti instaurati dai giudici comuni con le Corti europee, grazie ai quali gli uni e le altre si erano in considerevole (e, agli occhi della Consulta, eccessiva) misura rafforzati.

²⁷ Non infrequenti – come ha, ancora di recente, mostrato una sensibile dottrina (G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss., spec. 800 ss., e, dello stesso, già, *The “Polemical” Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in *German Law Journal*, 6/2015, 1343 ss.) – sono i “conflitti di convergenza”, quali si hanno quando si condividono i medesimi principi ma li s’intende in modi diversi.

²⁸ ... secondo quanto si è fatto – come si sa – in *Taricco*.

²⁹ Se, infatti, vi fosse, la “Supercorte” di cui si viene ora dicendo, essa si porrebbe, a conti fatti, quale il vertice di un sistema piramidale alle cui basi si dispongono le altre Corti, commutandosi e snaturandosi fatalmente in un *potere costituente permanente* sia dei singoli ordinamenti che delle relazioni tra gli stessi.

4. *Le tecniche difensive poste in essere dal giudice costituzionale al fine di smarcarsi dal pressing delle Corti europee: in particolare, la scissione operata tra diritto convenzionale vigente e diritto vivente e la discontinuità d'indirizzo segnata dall'ultima giurisprudenza costituzionale, nel segno di un marcato "riaccentramento" dei giudizi*

È interessante notare che le tecniche difensive alle quali si fa qui cenno si differenziano notevolmente tra di loro a seconda che si svolgano, rispettivamente, sul terreno dei rapporti tra CEDU e diritto interno e su quello dei rapporti tra quest'ultimo e il diritto (ieri comunitario e oggi) eurounitario. La Corte tiene nettamente distinti i rapporti in parola e, per vero, da un certo punto di vista ciò appare giustificato se si tiene ferma la premessa per cui il diritto eurounitario dispone di forza costituzionale per effetto della "copertura" offerta dall'art. 11 della Carta, forza di cui invece, a giudizio della Consulta³⁰ (e dei suoi benevoli *laudatores*), non è dotata la Convenzione, al pari di qualunque altra Carta internazionale dei diritti, considerata – come si sa – fonte "subcostituzionale".

Non intendo qui riprendere neppure in sunto gli argomenti addotti a giustificazione di questa sistemazione che mi sembra bisognosa di essere criticamente ripensata sia nelle sue basi metodiche che, di conseguenza, negli svolgimenti teorici. Senza allargare ora l'esame all'intero diritto sovranazionale e circoscrivendo l'attenzione alla sola Carta di Nizza-Strasburgo, mi limito solo ad osservare che discriminare nel trattamento Carte dei diritti esclusivamente a motivo della loro provenienza fa a pugni con la loro comune natura di documenti – come la stessa Consulta li ha qualificati in una sua discussa (e discutibile) pronuncia, la [269 del 2017](#) – "tipicamente costituzionali". Immaginare, insomma, che si dia una gerarchizzazione tra Costituzioni *in senso materiale* è cosa che – se posso esprimermi con franchezza – non ha né capo né coda.

V'è di più. Proprio i documenti dei quali qui importa dire, la CEDU e la Carta dell'Unione, che si disporrebbero a gradi diversi della scala delle fonti, ribaltano poi siffatto ordine dichiarando il secondo di voler essere inteso alla luce del primo³¹, salvo nondimeno il caso che risulti acclarata l'attitudine della Carta suddetta ad innalzare, in una vicenda processuale data, il livello della tutela apprestata al diritto o ai diritti in campo³².

Ora, il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela³³, portato fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni e finendo dunque col coinvolgere la stessa Costituzione, presuppone – com'è evidente – l'abbandono di qualsivoglia scenario d'impostazione formale-astratta delle fonti e dei loro rapporti, implica cioè che si trapassi lo schermo della *fonte* e si punti diritto alla sostanza in

³⁰ ... secondo l'indicazione data dalla giurisprudenza inaugurata nel 2007, cui si è dietro fatto cenno.

³¹ In argomento, ora, N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, FrancoAngeli, Milano 2018, 65 ss.

³² È singolare – come si è fatto altrove notare – questo andare in avanti e all'indietro del processo interpretativo, secondo quanto stabilito dall'art. 53 della Carta di Nizza-Strasburgo, la quale richiede, sì, come si è rammentato, di essere intesa alla luce della CEDU; solo che, una volta che ci si dovesse avvedere che l'esito in tal modo raggiunto porterebbe ad un abbassamento del livello della tutela apprestata ai diritti rispetto a quella che la Carta è da sola in grado di offrire, ebbene si dovrebbe tornare indietro e rileggerla facendo a meno del riferimento alla Convenzione. Insomma, di ogni disposto della Carta stessa possono darsi, in astratto, due interpretazioni tra le quali occorre scegliere non per ciò che ciascun disposto oggettivamente dice bensì in forza di un criterio assiologico-sostanziale che orienta e illumina il percorso interpretativo.

³³ ... sul quale una crescente dottrina va, da varî punti di vista, appuntando l'attenzione (riferimenti in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. 222 ss., ma *passim*; N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in [Diritti Comparati](#), 3/2017, 15 dicembre 2017, § 3, e, dello stesso, *Costituzione e Carte europee dei diritti nel recente orientamento del giudice delle leggi: supremazia assiologica o primato funzionale?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2018; F. DE VANNA, *I 'controlimiti' tra disordine delle fonti ed equilibrio del diritto*, in [Federalismi.it](#), 23/2017, 20 dicembre 2017, spec. al § 3; sulla vocazione espansiva dei diritti, v., inoltre, ora, G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in AA.VV., *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, cit., 97 ss., spec. 114 ss.; pure *ivi* si è, ancora di recente, dichiarato in senso critico circa la possibilità di far valere con profitto il canone del massimo *standard* R. BIN, *70 anni dopo. Attualità e mitologie della Costituente. Discutendo le relazioni di Morelli, Faraguna, D'Amico e Saitto*, 170 ss., del quale v., ora, anche *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*).

essa racchiusa, si guardi cioè alle *norme* ed alle loro mobili combinazioni secondo i casi ed alla luce dei valori. Ecco perché – non mi stancherò di ripetere – la scelta è di campo, di metodo, tra una ricostruzione d’ispirazione formale-astratta ed una d’ispirazione assiologico-sostanziale. Ritenere innestabile la seconda nella prima, così come opina la Consulta (già a partire dalla [sent. n. 348 del 2007](#)), ovvero sia immaginare che esse possano reciprocamente integrarsi e comporsi in unità, è cosa impossibile, per la elementare ragione che, come in un buco nero, la seconda opzione finisce col fagocitare ed annullare la prima.

Il vero è che le Carte dei diritti sono chiamate ad una quotidiana, sana competizione ad offrire sul mercato dei diritti la migliore mercanzia e possono farlo attraverso la giurisprudenza che vi dà voce, le fa valere e garantisce.

Proprio qui è, dunque, la radice da cui si alimentano talune “invenzioni” di ordine tecnico-processuale cui le Corti hanno fatto e fanno senza sosta luogo.

La Consulta – come si viene dicendo – teme fortemente il *pressing* delle Corti europee e si regola dunque di conseguenza.

Con riferimento ai rapporti con la Corte di Strasburgo, un particolare rilievo va attribuito alla scissione operata dal nostro giudice delle leggi tra il diritto convenzionale vigente e quello vivente. La Corte si fa premura di ripetere più volte che la Convenzione va intesa così come la intende la sua Corte; e, però, precisa che la giurisprudenza convenzionale vale unicamente nella sua “sostanza” o – come si è chiarito nella notissima [sent. n. 49 del 2015](#) – laddove si sia in presenza di un indirizzo interpretativo “consolidato” ovvero di una decisione-pilota, all’indirizzo stesso assimilabile³⁴. Si fatica, nondimeno, a capire quale sia il fondamento di siffatta contrapposizione e sovrapposizione del diritto convenzionale vigente rispetto a quello vivente, quale si avrebbe in difetto di un indirizzo siffatto.

La Corte così spiana la via a non infrequenti scostamenti della giurisprudenza comune e – si faccia caso – della stessa giurisprudenza costituzionale rispetto alla giurisprudenza convenzionale. Una indicazione, dunque, quella che dà la Corte con la pronuncia appena richiamata, che valorizza e responsabilizza il ruolo del giudice comune ma, più ancora e in ultima istanza, il proprio³⁵.

Si consideri, infatti, lo scenario che potrebbe prefigurarsi dando seguito all’indicazione stessa: il giudice dovrebbe rivolgersi alla Consulta, lamentando la sospetta violazione della Carta costituzionale (rammento, in ogni sua norma e non soltanto nei principi fondamentali³⁶) da parte della Convenzione ovvero di quest’ultima da parte della legge, unicamente laddove il conflitto risulti inevitabile alla luce degli indirizzi “consolidati” suddetti; in difetto di questi ultimi, il giudice avrebbe il campo libero per prospettare originali interpretazioni del diritto convenzionale, anche in deroga nei riguardi delle indicazioni date dal giudice di Strasburgo. Senonché l’ultima giurisprudenza sembra aver complicato ulteriormente il quadro, introducendo un elemento di discontinuità nell’indirizzo della Consulta fin qui invalso.

Tre notazioni vanno al riguardo fatte sul punto, sia pure con la rapidità imposta a questo studio.

La prima è che la giurisprudenza sembra da ultimo voler irrigidire i rapporti tra le Carte (e le

³⁴ In argomento la letteratura a commento è ormai assai nutrita: per un quadro di sintesi ed una messa a punto, v., di recente, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. 159 ss. e 171 ss.; adde, ora, L. CASSETTI, *L’efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la “giustizia del caso singolo*, relaz. alle Giornate su *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, cit., in *paper*.

³⁵ E però chi di arma ferisce, di arma perisce; e la Corte sembra non avvedersi del fatto che il criterio dell’indirizzo “consolidato” potrebbe essere un domani trapiantato dal piano dei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale a quello dei rapporti col diritto eurolunitario, a ruoli invertiti, specificamente laddove la Corte dell’Unione sia chiamata a far valere il rispetto dell’art. 4.2 TUE e debba pertanto far riferimento agli orientamenti dei giudici nazionali (specie, ma non solo, costituzionali) al fine di stabilire quali siano e come siano fatti i principi di struttura degli ordinamenti nazionali (maggiori ragguagli sul punto nel mio *Incontri e scontri tra Corte di giustizia e giudici nazionali: quali insegnamenti per il futuro?*, in [Federalismi.it](#), 21/2017, 8 novembre 2017, spec. al § 3).

³⁶ La Corte sembra tuttavia trascurare il dato, su cui si è invitato altrove a fermare l’attenzione, per cui in considerazione di ciò di cui la Convenzione, al pari di ogni altra Carta dei diritti, tratta e per il modo con cui ne tratta (a mezzo di enunciati a maglie larghe e in più punti larghissime), il confronto è naturalmente sollecitato a farsi con norme della Costituzione espressive di principi fondamentali o, come che sia, da queste “coperte”.

Corti) a fronte della fluidità e flessibilità che è propria del criterio dell'indirizzo "consolidato". La [sent. n. 43 del 2018](#), riprendendo uno spunto già presente in precedenti decisioni (e, segnatamente, in [Corte cost. n. 150 del 2012](#)), offre l'opportunità al giudice comune di rivolgersi subito alla Consulta, pur in presenza di una singola pronuncia (e non di un indirizzo "consolidato") che costituisca un "*novum*" rispetto alla giurisprudenza pregressa³⁷. V'è da dire che, nella circostanza, il *novum* in parola si deve ad una decisione della Grande Camera; resta, dunque, da verificare – cosa che potrà farsi solo nei prossimi sviluppi della giurisprudenza – se ciò si considererà valevole anche con riguardo a pronunzie delle Sezioni. È interessante, poi, osservare il diverso trattamento riservato alla giurisprudenza convenzionale: ora giudicata non autenticamente o incondizionatamente prescrittiva (secondo la tesi dell'indirizzo "consolidato", per il caso appunto che quest'ultimo non si abbia) ed ora invece *quodammodo* assimilata ad una vera e propria fonte del diritto, sollecitandosi i giudici remittenti ad una nuova valutazione della rilevanza, esattamente come si è soliti fare in presenza di uno *ius superveniens*³⁸. La qual cosa, poi, potrebbe per la sua parte essere indicativa di un orientamento, ad oggi solo embrionalmente e timidamente espresso, volto a riconoscere carattere tendenzialmente generale alle pronunzie della Corte di Strasburgo (quanto meno laddove avvalorate e "consolidate" da una pronuncia della Grande Camera), accorciandosi – come si vede – per quest'aspetto la distanza che le separa dalle decisioni della Corte dell'Unione.

Il vero è, però, al tirar delle somme, che alla luce dell'ultima giurisprudenza non si può dire in partenza quando il diritto convenzionale di matrice giurisprudenziale sia vincolante e quando non lo sia. Sta di fatto che la 43 spiana la via alla remissione alla Consulta di questioni che, alla luce del criterio dell'indirizzo "consolidato", non avrebbero motivo di pervenirle.

Per l'aspetto ora considerato, la decisione s'inscrive in un quadro connotato da una marcata tendenza al "riaccentramento" delle questioni originate da conflitti tra diritto convenzionale e diritto interno, secondo quanto si vedrà meglio a momenti.

Il quadro resta, nondimeno, fluido e appannato, dal momento che il criterio dell'indirizzo consolidato non è certamente messo per intero da parte, sì da potersi considerare ormai superato, ma solo temperato. Non è poi inopportuno rilevare che, in forza del criterio suddetto, nell'ipotesi seppur remota di conflitto tra il diritto convenzionale di matrice giurisprudenziale e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, la questione può dunque essere definita dal giudice comune con la tecnica dello scostamento dal primo. Di contro, i conflitti tra i principi suddetti e il diritto eurolunitario vivente richiedono – come si vedrà – di essere comunque portati alla cognizione della Consulta.

La seconda notazione è, poi, di ordine preliminare, di fondo; e riguarda il fondamento stesso della scissione tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale. Non si capisce, invero, la ragione del diverso rilievo assegnato, a quest'ultimo se ad esserne artefice è, rispettivamente, la Corte di Strasburgo ovvero quella di Lussemburgo. Né varrebbe al riguardo opporre che esso si deve al diverso grado che, a giudizio della Consulta, sarebbe da riconoscere in capo alle Carte di cui le Corti stesse sono garanti. Ammesso pure (ma, come si è veduto, non concesso) che la Carta dell'Unione abbia nella scala delle fonti quale ricostruita in ambito interno un posto più elevato della Convenzione, perché mai questo dovrebbe tradursi in una diversa *intensità* del vincolo discendente da siffatti documenti "tipicamente costituzionali", nel loro farsi diritto

³⁷ Sul significato di questa ambigua etichetta, tra i molti altri, v. A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A e B c. Norvegia*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 marzo 2018; E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in [Federalismi.it](#), 17/2018, 12 settembre 2018, spec. 20 ss.; R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e restituzione degli atti al giudice "a quo" in un pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sent. 269/2017*, in *Giur. cost.*, 2/2018, 861 ss.; v., inoltre, R. RUDONI, *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quad. cost.*, 4/2017, 825 ss.

³⁸ Faccio qui richiamo a taluni rilievi già presenti nel mio commento alla 150 del 2012, dal titolo *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in [Consulta OnLine](#), [Studi](#) 2012 (12 giugno 2012).

giurisprudenziale, a carico dei giudici e degli operatori in genere? Il grado di una fonte è una cosa, la sua prescrittività (attraverso la giurisprudenza che vi dà voce) un'altra; e quest'ultima non viene meno sol perché una fonte si situa in un grado più basso della scala gerarchica.

La terza notazione riguarda il modo con cui, a stare alla giurisprudenza costituzionale, dovrebbero risolversi le antinomie tra Convenzione e Costituzione. In passato (in ispecie, fino a [Corte cost. n. 311 del 2009](#)) la Consulta aveva al riguardo accreditato l'idea secondo cui siffatta specie di antinomia avrebbe richiesto l'obbligatorio passaggio attraverso una pronuncia di annullamento della legge di esecuzione della Convenzione *“nella parte in cui...”*. A far data dalla decisione suddetta, però, ciò non è più detto espressamente, tanto da risultare avallata l'ipotesi, in altri luoghi affacciata³⁹, secondo cui anche le antinomie in parola, al pari di quelle tra diritto eurounitario e diritto interno, avrebbero potuto risolversi con la tecnica della “non applicazione” della norma recessiva, in alternativa alla soluzione traumatica dell'annullamento della legge di esecuzione⁴⁰.

Questa ipotesi sembra ora ricevere nuova linfa dalla decisione con cui è stato chiuso il caso *Taricco*, la [115 del 2018](#), nella quale si rileva che il paventato superamento dei “controlimiti” da parte del diritto eurounitario comporterebbe l'obbligo per i giudici comuni di adire la Consulta ma quest'ultima poi non dovrebbe risolvere l'antinomia con la caducazione della legge di esecuzione *“nella parte in cui...”*, facendo piuttosto luogo direttamente alla “non applicazione” della norma sovranazionale incostituzionale: dunque, non quest'ultima quale conseguenza dell'annullamento bensì la stessa facendo a meno di questo⁴¹.

Sappiamo che la “non applicazione” è tecnica bisognosa di essere azionata, in primo luogo e in alternativa al ricorso al sindacato della Consulta, dai giudici comuni e dagli operatori in genere. Qui, la stranezza è data dal fatto che essa si ha ma solo dopo e per effetto di una pronuncia del giudice costituzionale, senza nondimeno conseguire ad un annullamento della norma da “non applicare” ma solo al mero accertamento della violazione della Costituzione.

5. L'attivazione dell'arma dei “controlimiti” e l'avocazione al sindacato della Consulta di ogni caso in cui essi si considerino violati: le indicazioni date dalla giurisprudenza, specie ad opera di [Corte cost. n. 269 del 2017](#), e la loro critica

Nella decisione finale su *Taricco*, così come (e più ancora) nella [sent. 269 del 2017](#), la Consulta sembra risolutamente escludere che in caso di antinomie determinate da invalidità in senso forte di questa o quella norma, interna o sovranazionale che sia, il giudice comune possa considerarsi abilitato a rilevare *motu proprio* la giuridica inesistenza della norma stessa, senza per ciò dover chiamare in campo la Consulta affinché ne dia il riscontro. Quando poi ad essere violata è una norma della Carta di Nizza-Strasburgo sostanzialmente coincidente con una norma della Costituzione, quale che sia il tipo d'invalidità e malgrado la riconosciuta attitudine della norma sovranazionale ad essere portata ad immediata applicazione, ugualmente ad avviso del giudice costituzionale sarebbe obbligata la soluzione del ricorso al sindacato del giudice stesso.

³⁹ ... a partire dal mio *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro, Pisa 4-5 giugno 2010, a cura di F. Dal Canto e E. Rossi, Giappichelli, Torino 2011, 149 ss., spec. 168 ss. Sul trapianto della soluzione invalsa al piano dei rapporti tra diritto dell'Unione e diritto interno a quello dei rapporti che quest'ultimo intrattiene con la Convenzione, v. anche A. GUAZZAROTTI, *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del “doppio binario” alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti*, in *Giur. cost.*, 3/2014, 3027 in nt. 9.

⁴⁰ Traumatica sì ma più per le apparenze che per la sostanza: presentando, infatti, l'annullamento carattere relativo alla singola norma incompatibile con la Costituzione e colpendo dunque la legge di esecuzione unicamente *“nella parte in cui...”*, in un caso e nell'altro si avrebbe poi, a conti fatti, la “non applicazione” della norma stessa. Ad esser pignoli (e volendo seguire sul punto una pur discussa e discutibile indicazione della Consulta), semmai si potrebbe dire che, nell'un caso (di annullamento), si avrebbe la “disapplicazione” della norma, quale conseguenza della sua acclarata invalidità, nell'altro la sua mera “non applicazione”. Nella pratica, tuttavia, le cose non mutano.

⁴¹ Ho rappresentato questo mio pensiero già in [Taricco, amaro finale di partita](#), in [Consulta OnLine](#), [Studi 2018/III](#), 488 ss.

Come sappiamo, la Corte ha finito – *bon gré mal gré* – col prendere consapevolezza del fatto che per effetto dell'appartenenza dello Stato alle Comunità prima e quindi all'Unione discendono vincoli penetranti per gli operatori di diritto interno, peraltro incidenti su campi materiali di esperienza via via sempre più estesi, conformemente all'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale⁴². In buona sostanza, l'unico modo per sottrarsi è quello di azionare l'arma dei controlimiti. Per vero, in giurisprudenza se n'è fin qui fatto un uso obiettivamente parco e cauto⁴³, anche se di recente, da noi come altrove⁴⁴, si è assistito a scontri anche assai aspri, dei quali *Taricco* dà emblematica testimonianza. Proprio facendo leva sui “controlimiti” la Corte ha messo in atto un'accorta manovra allo scopo, per un verso, di tamponare l'“aggressività”⁴⁵ della Corte di giustizia e, per un altro, di ridimensionare in rilevante misura il ruolo dei giudici comuni, strumentalmente piegato alla riaffermazione della centralità di posto della Consulta quale primo ed indiscusso protagonista della salvaguardia dei diritti fondamentali e, in genere, del primato della Costituzione.

La partita – va subito detto, a scanso di ogni possibile equivoco – appare ancora aperta, anzi agli inizi, ed incerto ne è dunque l'esito. All'attacco sferrato con la [269 del 2017](#) la Corte dell'Unione e i giudici nazionali (in ispecie per bocca della Cassazione) hanno prontamente reagito a colpi di fioretto, abilmente portati nei punti più deboli del corpo dell'avversario.

La Consulta ha finalmente compreso, risvegliandosi da un annoso letargo, che il versante da battere è quello che unisce la Corte dell'Unione ai giudici comuni attraverso la via del rinvio pregiudiziale. E così, per un verso, ha ammesso già da alcuni anni a questa parte di poterne fare uso diretto e, per un altro verso, avocando a sé la competenza a conoscere di ogni violazione dei principi di base dell'ordinamento costituzionale, ha dato ad intendere di puntare a circoscrivere i casi in cui i giudici comuni potranno avvalersene ogni qualvolta siano in gioco i diritti congiuntamente e in modo non dissimile riconosciuti dalla Carta di Nizza-Strasburgo e dalla Carta

⁴² Possono vedersene chiaramente illustrate le tappe più salienti in P. COSTANZO, *Le tappe dell'edificazione eurounitaria: dall'idea d'Europa all'Unione europea*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*⁴, cit., 23 ss.; v., inoltre, utilmente, AA.VV., *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, a cura di A. Ciancio, Giappichelli, Torino 2017.

⁴³ Anche questa – a dirla tutta – è una stranezza, perlomeno per l'aspetto teorico-giuridico, sol che si ponga a raffronto questa vicenda con quelle usualmente ricorrenti in ambito interno. Singolare è, cioè, la circostanza, già in altri scritti rilevata, secondo cui, mentre quotidianamente si assiste a norme di leggi e fonti in genere nazionali giudicate incompatibili con questo o quel principio fondamentale (a partire – come si sa – da quello di eguaglianza), di contro le norme sovranazionali sembrano immacolate, perfette, sempre concilianti rispetto ai principi. La spiegazione è invece piana per l'aspetto politico-istituzionale, non volendosi contrastare l'avanzata del processo d'integrazione europea se non appunto in casi eccezionali; ed anche da qui si ha, dunque, conferma del tasso assai elevato di politicità insito, più ancora che nelle singole pronunzie della Consulta, nell'indirizzo complessivo da esse composto.

⁴⁴ Sui casi di resistenza anche a muso duro manifestata in altri ordinamenti avverso alcune decisioni della Corte eurounitaria, v. 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.; J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the 'German Model'*, in AA.VV., *National constitutional identity and European integration*, a cura di A. Saiz Arnaiz - C. Alcoberro Llivina, Intersentia, Cambridge 2013, 243 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2014, 1 ss., spec. 41 ss.; M. DICOSOLA, *Gli stati dell'Europa centro-orientale tra identità nazionale e costituzionalismo europeo*, in *La cittadinanza europea*, suppl. al fasc. 1/2016, FrancoAngeli, Milano 2016, 129 ss.; P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 431 ss.; D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale N. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi - C. Cupelli, Jovene, Napoli 2017, 460 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. alla sez. I del cap. II, e, da ultimo, R. MASTROIANNI, *L'art. 11 Cost. preso sul serio*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, V ss. Con riferimento, poi, alla giurisprudenza della Corte EDU, v., di recente, A. OSTI, *L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 4/2017, 851 ss. e, da ultimo, i contributi alle XI Giornate su *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, cit.

⁴⁵ ... per riprendere un termine adoperato, sia pure in altro contesto teorico-ricostruttivo, da una sensibile dottrina (part., O. POLLICINO, in molti scritti, tra i quali, in forma organica, *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).

costituzionale.

Molti commentatori della [269](#) ne hanno dato una lettura nel senso che d'ora innanzi verrebbe meno la obbligatoria precedenza della pregiudizialità "comunitaria" ed anzi si avrebbe un vero e proprio ribaltamento dell'ordine in cui essa si pone rispetto alla pregiudizialità costituzionale⁴⁶. Se questa ipotesi fosse attendibile (o, diciamo meglio, dovesse essere avvalorata dalla giurisprudenza a venire), è chiaro che potrebbero crescere i casi in cui sarebbe la Consulta ad investire per prima la Corte dell'Unione in via pregiudiziale.

Non credo, come dirò a momenti, nella premessa e sarei molto ma molto cauto circa la conseguenza.

Quanto alla prima, già in altri luoghi ho dichiarato di non vedere neppure un rigo nella [269](#) a sostegno del supposto rovesciamento dell'ordine cronologico delle due pregiudizialità. Di contro, in essa si ribadisce che il giudice comune può *in ogni tempo* avvalersi dello strumento del rinvio: la novità sta, dunque, nel fatto che d'ora innanzi potrà scegliere a quale pregiudizialità dare la precedenza; solo che, laddove dovesse rivolgersi al giudice dell'Unione dopo aver adito la Consulta, ad avviso di quest'ultima potrebbe – a quanto pare – farlo solo *per profili diversi* da quelli indicati nella questione di legittimità costituzionale.

È evidente l'intento avuto di mira dal giudice costituzionale con questa (indebita) limitazione, che è quello di parare il rischio – fin dove possibile – di entrare in rotta di collisione con la Corte dell'Unione.

Si faccia caso: in una circostanza siffatta, non è tanto in gioco un vero e proprio conflitto tra giudicati (in accezione formale-astratta), dal momento che, ove il verdetto della Consulta dovesse essere di accoglimento, verrebbe meno ogni ragione per il giudice comune d'interpellare la Corte di giustizia. A quest'ultima, ci si potrebbe rivolgere nel caso opposto, che la pronunzia sia di rigetto, la quale tuttavia, per il modo con cui se ne ricostruiscono usualmente la natura e l'efficacia, sarebbe inidonea a produrre la cosa giudicata, nulla ostando dunque a che la Corte costituzionale, nuovamente adita, muti se del caso orientamento (magari convertendo il precedente rigetto in un accoglimento).

Il problema però – com'è chiaro – non è di forma ma di sostanza; e la Consulta vuole comunque evitare di trovarsi nella spiacevole situazione di vedere una propria decisione contraddetta da una decisione del giudice eurounitario. È vero che quest'ultimo sarebbe comunque chiamato a pronunziarsi sulla Carta dell'Unione e dal punto di vista dell'Unione stessa; e però, poiché in tesi le due Carte hanno contenuti sostanzialmente coincidenti, la divergenza degli orientamenti delle due Corti risulterebbe *per tabulas*. Tra l'altro – si faccia caso – proprio la coincidenza in parola potrebbe risultare *ex post* smentita dalla interpretazione della Carta eurounitaria fornita dal giudice di Lussemburgo, pur laddove a quest'ultimo ci si dovesse rivolgere – come vuole la Consulta – *per profili diversi* da quelli posti a base della questione di costituzionalità, risultando pertanto in radice delegittimata la pronunzia del nostro giudice delle leggi.

Per questa stessa ragione, sarei – come dicevo – cauto prima di affermare a cuor leggero che la Consulta profitterà della (supposta) precedenza necessaria della pregiudizialità costituzionale per avvalersi con una certa frequenza e continuità dell'arma del rinvio⁴⁷; se, infatti, la risposta non dovesse poi essere quella attesa e gradita, la Corte interpellante si troverebbe in una situazione di oggettivo imbarazzo e potrebbe dunque avere difficoltà a smarcarsi dal *pressing* del giudice lussemburghese. Potrebbe – è vero – sollecitare i giudici comuni a farlo ma questo obbligherebbe a

⁴⁶ *Ex plurimis*, G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: preupposti teorici e problemi applicativi*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 gennaio 2018, e, dello stesso, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 6/2017, 2948 ss.; nella stessa *Rivista* (e sia pure con riferimento a talune ipotesi puntualmente descritte), G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, 2955 ss.; più di recente, v. R. ROMBOLI, *Dalla "diffusione" all'"accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*

⁴⁷ ... fermo restando che, ovviamente, ben altra è la frequenza stessa laddove dello strumento facciano uso i giudici comuni, a motivo del loro carattere plurale e della diffusione capillare nel territorio della Repubblica, rispetto a quella che vi ricorra la Consulta.

battere la via di una restituzione degli atti alle autorità remittenti o di una pronuncia di rigetto “forzato” nel merito, magari facendo ricorso ad originali ed innovative reinterpretazioni dei materiali normativi di causa⁴⁸.

Come si diceva, però, né la Corte dell’Unione né i giudici comuni sono rimasti indifferenti al punto di diritto fissato nella [269](#)⁴⁹: l’una Corte soprattutto in *Global Starnet* e la Cassazione in alcune sue importanti decisioni hanno chiaramente denunciato come arbitraria ogni possibile limitazione nell’uso del rinvio. Ad oggi è sul punto pendente – come si sa – una questione di costituzionalità sollevata dalla seconda sez. civ. del giudice della nomofilachia (n. 3831 del 2018) nella quale è risolutamente richiesta una “precisazione” sul punto (in buona sostanza, è sollecitato un chiaro *dietrofront*), accompagnata dalla minaccia di fare subito applicazione diretta di norme della Carta di Nizza-Strasburgo *self-executing*, qualora la Corte di giustizia, interpellata in via pregiudiziale, dovesse dare indicazioni che avvalorino l’ipotesi dell’antinomia con norme di diritto interno (finemente argomentate sono, poi, nello stesso senso, due importanti decisioni della Cass., sez. lav., nn. 12108 e 13678 del 2018⁵⁰).

V’è però di più. Non è infatti senza significato che ad oggi pochissime siano le questioni di costituzionalità presentate dopo la [269](#) nelle quali è fatto richiamo *anche* a norme della Carta dell’Unione ma *in nessun caso* – dico *nessuno*, al di fuori ovviamente di quello di cui alla ord. n. 3831, sopra cit. –, salvo che non sia incorso in errore, è stata lamentata la violazione di una norma della Carta stessa sostanzialmente coincidente con norma della Costituzione; si è, sì, prospettata la lesione di plurimi disposti delle due Carte ma non di disposti sovrapponibili. La qual cosa lascia francamente interdetti. È, dunque, un caso che non si sia avverata la condizione posta dalla Consulta con la decisione suddetta? Il fatto che sia stata lamentata la lesione di disposti della Carta dell’Unione non coincidenti con disposti costituzionali può (o, meglio, deve) essere interpretato come implicito riconoscimento del loro carattere non *self-executing*, visto che le norme che posseggono siffatto carattere possono (e devono) essere portate alla Consulta unicamente in caso di coincidenza con norme della Costituzione?

Ferma e vigorosa è, poi, stata, per comune riconoscimento, la riaffermazione della centralità di posto della Consulta nel sistema di garanzia giurisdizionale dei diritti e della Costituzione in genere nella pronuncia finale su [Taricco](#). Il punto è che l’obiettivo è tuttavia preso di mira a mezzo di tecniche argomentative eccessive nei toni e discutibili nella sostanza.

La Corte avrebbe potuto – come da più di un commentatore rilevato – limitarsi a prendere atto con soddisfazione della sostanziale revisione del proprio originario punto di vista operata dalla Corte dell’Unione. Vincente si è, infatti, rivelata la tecnica posta in essere col riferimento fatto dalla Consulta nell’[ord. n. 24 del 2017](#) di rinvio pregiudiziale al principio di legalità quale componente di una tradizione costituzionale comune⁵¹: una tecnica, dunque, che, a conti fatti, convertiva un

⁴⁸ In ogni caso, anche in circostanze siffatte, il rischio del sostanziale conflitto con la Corte dell’Unione non verrebbe, ovviamente, fugato.

⁴⁹ La qual cosa, peraltro, ben si comprende sol che si tenga a mente il carattere conflittuale, di chiusura, nei riguardi del diritto sovranazionale e dei suoi interpreti e garanti che trasuda da tutti i pori della decisione in parola (similmente, ora, E. CANNIZZARO, nella chiusa del suo *I valori costituzionali oltre lo Stato*, cit.).

⁵⁰ Vi si richiama anche A. COSENTINO, *Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell’integrazione europea*, in [Questione Giustizia](#), 1 ottobre 2018.

⁵¹ Sull’atto di rinvio della Consulta è piovuta una messe di commenti (per tutti, v., almeno, AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit.; AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Giuffrè, Milano 2017; i contributi al forum su *La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale*, in [Diritti Comparati](#), 1/2018; AA.VV., *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, a cura di C. Amalfitano, Giuffrè, Milano 2018). L’indicazione volta a spostare l’obiettivo dall’identità costituzionale dello Stato alle tradizioni suddette era già venuta da una sensibile dottrina (M. BASSINI - O. POLLICINO, *The opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven “Deadly” Sins and a Modest Proposal*, in [Verfassungsblog](#), 2 agosto 2017, nonché in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 settembre 2017, e, degli stessi AA., *Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome*, in [Verfassungsblog](#), 5 dicembre 2017, e in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 11 dicembre 2017).

bilanciamento interordinamentale in uno intraordinamentale⁵², mostrandosi alla Corte dell'Unione che, in realtà, ad essere minacciato non era un principio peculiare ed esclusivamente proprio dell'ordinamento italiano bensì appunto un principio comune agli Stati e, per ciò stesso, costitutivo di un principio generale dell'Unione.

La Consulta, invece, qui sposta il bersaglio dalle tradizioni comuni alla identità costituzionale dello Stato, non facendosi cura neppure di evidenziare come un principio espressivo della seconda possa, quanto meno nel suo “nucleo duro”, entrare a comporre le prime⁵³.

In realtà, c'è modo e modo d'intendere la identità costituzionale e il suo porsi in rapporto con l'identità dell'Unione⁵⁴. La Corte avrebbe potuto rivendicare la salvaguardia di un principio fondamentale di diritto interno, non sottacendo che esso è *allo stesso tempo* parte integrante di una tradizione comune.

Di più. Per un verso, pur ribadendo in premessa che spetta alla Corte dell'Unione dare la interpretazione del diritto sovranazionale, avanza poi la singolare pretesa di riservare a se stessa il diritto di stabilire quali norme eurounitarie abbiano effetto diretto in ambito interno⁵⁵; per un altro verso, esclude che i giudici comuni possano *in alcun caso* chiudere in via definitiva la partita, offrendo adeguata protezione ai principi di diritto interno aggrediti dal diritto sovranazionale: dunque, come si faceva poc'anzi notare, anche nel caso che si sia in presenza di norme affette da invalidità di tipo forte, sì da potersene subito da chiunque rilevare la giuridica inesistenza.

Confesso di faticare a comprendere come si possa, sulla base di queste premesse, sollecitare la necessaria collaborazione da parte degli altri operatori di giustizia, interni e non, nell'impegnativa e non di rado sofferta opera volta a dare salvaguardia ai diritti e in genere ai beni della vita costituzionalmente protetti. La Corte sa perfettamente di avere, in particolare, pressante bisogno del convinto e fruttuoso sostegno dei giudici comuni, ai quali compete mettere in moto i processi volti a

⁵² Ho trattato a più riprese di siffatte specie di conversione, 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.

⁵³ Riprendo ora in sunto alcuni svolgimenti argomentativi che sono nel mio Taricco, *amaro finale di partita*, cit.

⁵⁴ Riferimenti in F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013; 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 e, più di recente, G. DI FEDERICO, L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale*, cit.; AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, cit.; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss.; L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE... *l'interpretazione dell'“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: la long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss. Infine, se si vuole, anche i miei *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2017, 19 ss.; *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 ottobre 2017, e *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, 549 ss.

⁵⁵ Pronta la critica sul punto della più avvertita dottrina [C. AMALFITANO - O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in [Diritti Comparati](#), 5 giugno 2018 e D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”: tra riserva di legge, mancata (?) opposizione del controlimite e implicita negazione dell'effetto diretto*, in AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, cit., 387. Sulle vessate questioni riguardanti l'efficacia diretta delle norme sovranazionali, tra i molti altri, v. AA.VV., *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne*, a cura di M. Distefano, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, e D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, Milano 2018].

garantire i diritti come pure a darne la chiusura, anche in esecuzione dei verdetto della Corte stessa o di altre Corti⁵⁶. Nessuna iniziativa può *motu proprio* intraprendere la Consulta, al di fuori di quella di sollevare davanti a se stessa un conflitto da menomazione, magari per supposta lesione del giudicato costituzionale; e, pur laddove ne dia poi la soluzione, ha comunque bisogno che sulla stessa si abbia l'acquiescenza degli operatori cui il verdetto s'indirizza. In disparte però la circostanza per cui si tratta di rimedio evidentemente eccezionale, di certo non può valere con riguardo ai casi di mancata prospettazione di una questione di costituzionalità, anche nella sua peculiare versione di "costituzionalità-eurounarietà". La Corte non può certo obbligare un giudice a rilevare *uno actu* la congiunta violazione della Carta di Nizza-Strasburgo e della Carta costituzionale né può pretendere che, laddove si sospetti la violazione solo della prima o magari di entrambe, il giudice non si rivolga dapprima alla Corte dell'Unione *proprio al fine di acquisire elementi di conoscenza utili a stabilire se la lesione nei riguardi della Carta dell'Unione si abbia davvero*. È singolare che quanti si sono dichiarati favorevoli alla inversione dell'ordine tradizionale di svolgimento delle due pregiudizialità non si siano avveduti del fatto che la precedenza di quella "comunitaria" può – perlomeno in non poche circostanze – rivelarsi indispensabile proprio allo scopo di mettere l'operatore in grado di stabilire se sussista la condizione della congiunta violazione delle Carte richiesta dalla [269](#) a giustificazione del ricorso alla Consulta anche per i casi di antinomia con norme sovranazionali *self-executing* risultanti da un documento "tipicamente costituzionale".

Insomma, l'esperimento del rinvio pregiudiziale può dimostrarsi necessario tanto che si tratti di denunciare la lesione della sola Carta dell'Unione quanto che si sospetti la violazione della stessa e della Costituzione assieme.

Il vero è che – come si viene dicendo – il rispetto dei canoni processuali è il *prius* logico ed assiologico per un proficuo svolgimento dell'opera che tutti gli operatori sono tenuti a porre in essere, in spirito di reciproca e feconda collaborazione, al servizio dei diritti⁵⁷. Ogni giudice ha, dunque, un suo ruolo da giocare sulla scena, ciascuno complementare all'altro e tutti egualmente conducenti all'obiettivo della salvaguardia dei diritti.

Il punto debole della costruzione che la Consulta va erigendo sullo specifico terreno della salvaguardia dei diritti è dato proprio dalla rivendica orgogliosa e gelosa del diritto all'esclusiva in ordine alla definizione dei principi fondamentali ed alla risoluzione delle antinomie che li riguardano.

La Corte qui commette un grave errore di partenza; ed è dato dal fatto che nessuno può assumere essere di propria esclusiva spettanza il riconoscimento dei principi fondamentali, alla cui messa a punto ed all'incessante rinnovamento semantico concorrono – come si è tentato di mostrare in altri

⁵⁶ ... una chiusura che, specie in relazione a talune pronunzie della Corte europea o della stessa Corte costituzionale connotate da una struttura a maglie larghe (quali sono le pronunzie-pilota o le additive di principio), naturalmente implica il riconoscimento di un largo margine di apprezzamento e di manovra a beneficio del giudice comune al fine della loro ottimale implementazione nell'esperienza, in ragione delle peculiarità dei casi (con specifico riguardo alla Corte EDU, sulle non poche, gravi questioni che si pongono in relazione alla esecuzione delle sue pronunzie, per un quadro di sintesi, v., tra gli altri, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. il cap. III, e, dello stesso, [A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo \(note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale\)](#), in *Consulta OnLine*, [Studi 2017/III](#), 460 ss.; nella stessa *Rivista*, R.G. CONTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, 2/2017, 29 giugno 2017; E. D'ALESSANDRO, *L'attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2/2018, 711 ss.; C. NARDOCCI, *Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato amministrativo e civile. L'orientamento della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 18/2018, 26 settembre 2018, e i contributi alle XI Giornate su *Corte EDU e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, cit. Infine, per una organica riconsiderazione dei seguiti alle decisioni della Corte EDU con specifica attenzione alla giurisprudenza di quest'ultima, Di R.G. CONTI, *La giurisprudenza civile sull'esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, relaz. al 50° Corso di studi su *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il margine di apprezzamento*, Perugia 26-27 ottobre 2018, che ho avuto modo di poter consultare in *paper*).

⁵⁷ Ed è proprio per ciò ed al fine di evitare un eccessivo innalzamento del tasso di politicità dei giudizi di costituzionalità che la più avvertita dottrina ha, a più riprese, sollecitato la Consulta alla scrupolosa osservanza dei canoni che vi stanno alla base.

luoghi⁵⁸ – *consuetudini culturali* alla cui formazione l'intera comunità organizzata e l'apparato danno il loro fecondo e costruttivo apporto. Immaginare che un solo organo, foss'anche il massimo garante della legalità costituzionale, possa in sovrana solitudine fissarne autoritativamente il senso equivarrebbe a farne – come si diceva poc'anzi – un *potere costituente permanente*, un potere *mostruoso*, come lo si è altrove qualificato.

D'altronde, la stessa giurisprudenza costituzionale, pur tra non rimosse oscillazioni e perduranti incertezze, dà mostra del fatto che vi sono spazi coltivabili dai giudici comuni nei quali la pianta dei principi può crescere e portare frutto. Non si dimentichi l'indicazione data sul terreno dei rapporti, ai quali si è sopra fatto riferimento, tra diritto interno e CEDU, con specifico riguardo ai margini riconosciuti ai giudici comuni al fine di potersi discostare dalle interpretazioni somministrate da pronunzie della Corte europea inidonee a dar vita ad indirizzi “consolidati”. Viene invero difficile immaginare che il giudice possa considerarsi esentato dall'obbligo di fare comunque menzione di una di tali decisioni, allo stesso tempo motivando lo scostamento dalla interpretazione della Convenzione dalla stessa prospettata proprio con il suo carattere non “consolidato” e – qui è il punto – con la sua incompatibilità con la Costituzione (e, perciò, perlomeno il più delle volte⁵⁹, con uno o più dei principi suddetti).

Come si faceva poc'anzi notare, qui l'antinomia coi principi è risolta direttamente dal giudice comune a mezzo della tecnica della “non applicazione” di un'interpretazione del giudice di Strasburgo che non può trovare accoglienza in ambito interno: l'antinomia è, poi, prevenuta grazie alla prospettazione di una nuova interpretazione della Convenzione in senso conforme a Costituzione. Tutto questo, ovviamente, a stare nell'ordine di idee della Consulta che, nondimeno, come si è dietro rilevato, può essere discusso sin dalle sue premesse, specie ove si tenga ferma la regola secondo cui la Convenzione parla per bocca della Corte di Strasburgo, senza stare poi a fare calcoli statistici al fine di avere conferma della prescrittività delle pronunzie che vi danno voce.

Ecco perché la costruzione dei rapporti interordinamentali eretta dalla Consulta appare essere – come si dice nel titolo dato a queste succinte riflessioni – *in progress* e *a geometria variabile*, con un ruolo riconosciuto in capo alle Corti europee, per un verso, e, per un altro, ai giudici comuni idoneo ad espandersi ovvero – ed è ciò che qui maggiormente importa mettere in chiaro – a contrarsi a fisarmonica, senza nondimeno che esso possa fare ombra alla Corte costituzionale, la cui figura si staglia alta e vigorosa al centro della scena.

Siamo sicuri però che siffatta costruzione, dalle basi – s'è veduto – alquanto fragili, possa durare a lungo nel tempo?

6. *Il costo che la Consulta ha dovuto pagare per riaffermare la primauté della Costituzione e la... propria: lo scostamento dai canoni che stanno a base dei giudizi di costituzionalità e il conseguente, insopportabile innalzamento del tasso di politicità di questi ultimi*

Occorre, a questo punto, chiedersi quale sia il costo che la Consulta ha dovuto (e deve) pagare al fine di riaffermare, in un sol colpo, la *primauté* della Costituzione e la... *propria*.

Il dato più saliente – come si è venuti dicendo – è lo scostamento dai canoni processuali che ha poi la sua immediata e rilevante ricaduta in un abnorme innalzamento del tasso di politicità dei giudizi, vale a dire nella netta dominanza dell'“anima” politica – com'è usualmente chiamata⁶⁰ – su

⁵⁸ ... tra i quali il mio [Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela](#), in v., *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 337 ss., nonché in [Consulta OnLine, Studi 2016/II](#), 263 ss.

⁵⁹ ... per non dire sempre, giusta la notazione dietro svolta secondo cui la Convenzione, al pari di ogni altra Carta dei diritti, naturalmente si confronta con norme della Costituzione espressive di principi o, come che sia, da questi “coperte”.

⁶⁰ *Ex plurimis*, C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bononia University Press, Bologna 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Atti della Tavola rotonda per

quella giurisdizionale, laddove le stesse dovrebbero secondo modello stare in costante equilibrio, la cui salvaguardia è condizione vitale per l'ottimale svolgimento del *munus* affidato alla Corte e, per ciò stesso, dell'affermazione della Costituzione.

V'è da dire che le condizioni oggettive di contesto hanno, per la loro parte, concorso in non secondaria misura a questo squilibrio che, peraltro, specie nell'ultima giurisprudenza, va facendosi sempre più marcato, vistoso e – a dirla tutta – inquietante. Le crisi, nelle loro plurime manifestazioni ai varî piani di esperienza sociale (in larga accezione) in cui si radicano e svolgono, hanno agevolato quest'esito, offrendo puntello e giustificazione alle operazioni, anche le più ardite e innovative, poste in essere dal giudice costituzionale (e, per la loro parte, anche da altri giudici).

Il vero è che la Corte si trova, pressoché quotidianamente, obbligata a bilanciare le ragioni dei diritti con le ragioni facenti capo alle varie emergenze, specie a quelle di natura economica la cui incidenza a carico dei diritti stessi e, specificamente, di quelli sociali è d'immediata, lampante evidenza⁶¹.

Occorre chiedersi se la china intrapresa sia inarrestabile, quanto meno se sia possibile arginare in una certa misura perlomeno le più esasperate espressioni di siffatta tendenza alla iperpoliticizzazione dei giudizi.

Anche dalla prospettiva ora adottata, ci si avvede di quanto fecondo possa essere il “dialogo” tra le Corti quale fattore, a un tempo, di stabilizzazione e di rinnovamento degli orientamenti giurisprudenziali. Un giudice, sovranazionale o nazionale che sia, che sa di doversi confrontare con altri organi preposti parimenti ad amministrare giustizia è naturalmente portato ad una maggiore cautela e vigilanza interna di quella che invece si avrebbe laddove si trovasse ad essere *dominus* esclusivo ed incontrastato del campo.

Il “dialogo” – si è fatto molte volte notare – non equivale di certo a pensarla necessariamente allo stesso modo; di contro, le divergenze ed i veri e propri conflitti, anche aspri, possono non di rado aversi e – come qui pure si è rammentato – effettivamente si hanno. Seguito tuttavia a nutrire fiducia sul fatto che alla lunga, confrontandosi ripetutamente con riguardo a simili questioni, le convergenze (se non pure l'identità delle vedute) superino i contrasti. Si attivano, insomma, meccanismi, anche imprevedibili nelle loro movenze e negli esiti, che portano ad una sorta di *checks and balances* dalla inusuale fattura, a forme cioè di reciproco controllo culturale degli operatori di giustizia, al quale è da assegnare – a me pare – uno straordinario rilievo, sotto più aspetti ed a più fini o effetti.

In primo luogo, il “dialogo” è condizione di quella mutua integrazione nei fatti interpretativi della Costituzione e delle altre Carte sulla cui utilità e, anzi, necessità la stessa giurisprudenza ha ripetutamente, opportunamente insistito (specie in [Corte cost. n. 388 del 1999](#)). Il “dialogo” è, dunque, la forma maggiormente espressiva e la conferma più accreditata del carattere “intercostituzionale” – come lo si è altrove chiamato⁶² – sia della Costituzione che delle altre Carte,

ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa, 15 dicembre 2016), a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017.

⁶¹ In argomento, peraltro, è venuta a formarsi una marea montante di scritti di vario segno e orientamento (solo per alcune prime indicazioni e limitando i riferimenti ai contributi più di recente apparsi, v. F. DI DONATO, *Crisi economica, sovranità statale e diritti sociali nell'era dell'austerità di bilancio e del neoliberalismo europeo*, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), 1/2017, 23 gennaio 2017, spec. al § 5; C. PANZERA, *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta sociale europea*, in [Rivista AIC](#), 1/2017, 15 febbraio 2017; M. MASSA, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 73 ss.; AA.VV., *I diritti sociali e del lavoro nella lunga crisi economica. La questione pensionistica come caso emblematico*, a cura di L. Dorato e G. Grasso, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; AA.VV., *Diritti sociali e crisi economica*, a cura di M. D'Amico e F. Biondi, FrancoAngeli, Milano 2017; i contributi di AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, cit., spec. al cap. 3; B. BRANCATI, *Tra diritti sociali e crisi economica. Un equilibrio difficile per le Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa 2018; G. GUIGLIA, *Italian constitutional Court and social rights in times of crisis: in search of a balance between principles and values of contemporary constitutionalism*, in [Rivista AIC](#), 3/2018, 30 luglio 2018; N. MACCABIANI, *The Effectiveness of Social Rights in the EU. Social Inclusion and European Governance. A Constitutional and Methodological Perspective*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 74 ss.).

⁶² ... a partire dal mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2001, 544 ss.

vale a dire della loro vocazione ad aprirsi e disporsi a farsi rigenerare semanticamente a vicenda, specie nelle più spinose e sofferte vicende processuali, nel corso delle quali si presenta particolarmente arduo e problematico raggiungere un complessivamente appagante equilibrio tra i beni della vita in campo.

In secondo luogo, il “dialogo” sollecita – perlomeno il più delle volte – tutti i parlanti a sforzarsi di offrire la più adeguata salvaguardia ai diritti, in rispondenza al “metaprinzipio” del massimo *standard*; gioca dunque nel senso di innalzare – fin dove possibile – il livello della tutela, pur nelle difficoltà di contesto che si oppongono alla sua piena affermazione. Quest’obiettivo può essere centrato in varî modi, sia che ci si conformi ai canoni processuali e sia pure che da essi ci si discosti. Non si commetta tuttavia l’errore, frutto di autentica miopia istituzionale, di ritenere che il fine giustifichi sempre il mezzo, *qualunque mezzo*. Alla lunga, infatti, a perdere saranno la Costituzione e lo Stato costituzionale. La tipicità dei ruoli – secondo una tradizione risalente all’affermazione del principio della separazione dei poteri – è elemento costitutivo dell’essenza stessa della Costituzione, condizione cioè della salvaguardia dei diritti, secondo l’insegnamento tramandatoci dai rivoluzionari francesi all’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

La tipicità dei ruoli – qui è il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa – non vale solo al piano dei rapporti tra gli organi della direzione politica e gli organi di garanzia (per ciò che in questa sede specificamente importa, dei giudici). Vale anche al piano dei rapporti tra gli operatori di giustizia, tutti chiamati variamente ad offrire il loro fattivo concorso alla salvaguardia dei diritti.

Il “dialogo”, insomma, presuppone la distinzione dei ruoli e la loro scrupolosa osservanza, non già la loro confusione che fatalmente porterebbe non alla “giurisdizionalizzazione” dei conflitti (e dei decisori) politici bensì alla “politicizzazione” dei giudizi (e dei giudici).

La battaglia tra Kelsen e Schmitt – come si vede – non si è chiusa al tempo della Costituente con l’affermazione della tesi patrocinata dal primo e volta alla istituzione di un tribunale costituzionale a garanzia del primato della Costituzione. La battaglia prosegue giorno dopo giorno perché forti e continue sono le tentazioni che vengono dal contesto e spingono vigorosamente nel verso della “politicizzazione” dei giudizi di costituzionalità. Il “dialogo” intergiurisprudenziale può dimostrarsi un efficace antidoto avverso il diffondersi di questo male, sempre che se ne faccia un uso oculato, nella consapevolezza dei limiti insiti nei *munera* ai quali gli operatori di giustizia, con diversità di ruoli e di responsabilità, sono preposti.