SIDI

Società Italiana di Diritto Internazionale
e di Diritto dell'Unione Europea
24

IL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO NEI GIUDIZI INTERNI

XXIV Convegno
Roma
5-6 giugno 2019

a cura di

Giuseppe Palmisano

EDITORIALE SCIENTIFICA

Pubblicazioni
Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea

1. *La riforma del Diritto internazionale privato italiano* (I Convegno – Roma 1996), Napoli, 1997
2. *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio* (II Convegno – Milano 1997), Napoli, 1998
3. *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale* (III Convegno – Siena 1998), Napoli, 1999
4. *Riforme Costituzionali. Prospettiva europea e prospettiva internazionale* (IV Convegno – Salerno 1999), Napoli, 2000
5. *La Moneta tra sovranità statale e diritto internazionale* (V Convegno – Torino 2000), Napoli, 2001
6. *Il diritto internazionale del mare fra usi antichi e nuove forme di utilizzazione* (VI Convegno – Padova, Treviso, Venezia 2001), Napoli, 2002
7. *L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale* (VII Convegno – Napoli 2002), Napoli, 2003
8. *Ordine internazionale e valori etici* (VIII Convegno – Verona 2003), Napoli, 2004
9. *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno* (IX Convegno – Roma 2004), Napoli, 2005
10. *Regioni e autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo* (X Convegno – Trieste-Gorizia 2005), Napoli, 2006
11. *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente* (XI Convegno – Alghero 2006), Napoli, 2007
12. *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti* (XII Convegno – Milano 2007), Napoli, 2008
13. *La crisi del disarmo nel diritto internazionale. Nel quarto centenario della morte di Alberico Gentili* (XIII Convegno – Roma 2008), Napoli, 2009
14. *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata* (XIV Convegno – Bari 2009), Napoli, 2010
15. *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali* (XV Convegno – Bologna 2010), Napoli, 2011
16. *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale* (XVI Convegno – Catania 2011) Napoli, 2012
17. *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole* (XVII Convegno – Genova 2012), Napoli, 2013
18. *Diritto internazionale e pluralità delle culture* (XVIII Convegno – Napoli 2013), Napoli, 2014
19. *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche* (XIX Convegno – Cormayeur 2014), Napoli, 2015
20. *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo* (XX Convegno – Macerata 2015), Napoli, 2016
21. *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari* (XXI Convegno – Parma 2016), Napoli, 2017
22. *Migrazioni e Diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?* (XXII Convegno – Trento 2017), Napoli, 2018
23. *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea* (XXIII Convegno – Ferrara 2018), Napoli, 2019

SIDI
Società Italiana di Diritto Internazionale
e di Diritto dell'Unione Europea

IL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO NEI GIUDIZI INTERNI

XXIV Convegno
Roma
5-6 giugno 2019

a cura di
Giuseppe Palmisano

EDITORIALE SCIENTIFICA

Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre ("Dipartimento di eccellenza") e dell'Istituto di Studi Giuridici Internazionali del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR- ISGI).

Proprietà letteraria riservata

© Copyright marzo 2020

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 978-88-9391

INDICE-SOMMARIO

Presentazione 9
PASQUALE DE SENA

Saluti introduttivi 11
FAUSTO POCAR

Introduzione: i giudici nazionali del XXI secolo di fronte alle norme del diritto internazionale ed europeo 13
GIUSEPPE PALMISANO

PARTE PRIMA

Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni nella teoria e nella prassi dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale

Presidenza Stefania Bariatti

ENZO CANNIZZARO
Il diritto internazionale nell'ordinamento italiano: fra tradizione e innovazione 27

CARLO SANTULLI
Quand mettre en scène sa force est une faiblesse. Monisme et dualisme dans l'exécution français du Droit international 45

ANDREAS PAULUS
Relevance and Primacy of EU Law in the German Legal Order: Legal Theories and Constitutional Jurisprudence 59

PARTE SECONDA

L'applicazione del diritto internazionale ed europeo da parte del giudice nazionale

Presidenza Guido Raimondi

ROBERTO BARATTA
L'effetto diretto delle disposizioni internazionali *self-executing* 75

ELISABETTA LAMARQUE
Regolare le antinomie tra norme pattizie e norme di legge: il potere del giudice comune tra interpretazione conforme, criterio di specialità e criterio cronologico 113

DANIELE GALLO
L'evoluzione dell'effetto diretto e dei suoi rapporti con il primato e l'immediata applicazione del diritto UE negli ordinamenti nazionali 131

GIULIA VALLAR
Litispendenza e sospensione del procedimento: il giudice italiano di fronte all'art. 31.2 del Regolamento Bruxelles I-*bis* 169

LUIGI PROSPERI
L'applicazione giudiziale delle norme dello Statuto di Roma sulla cooperazione con la Corte penale internazionale 189

PARTE TERZA

Il giudice interno e l'interpretazione delle norme di diritto internazionale ed europeo

Presidenza Ugo Villani

ALESSANDRA GIANELLI
Il principio di conformità nell'interpretazione delle norme di diritto internazionale generale da parte del giudice interno 219

PIERFRANCESCO ROSSI
La rilevanza per il giudice nazionale della giurisprudenza "consolidata" della Corte europea dei diritti dell'uomo 233

CHIARA AMALFITANO
Il rinvio pregiudiziale come strumento necessario per l'interpretazione delle norme dell'Unione europea tra obblighi "comunitari" e giurisprudenza costituzionale 263

ANTONIETTA DI BLASE
Sull'interpretazione delle convenzioni e delle norme dell'Unione europea in materia di diritto internazionale privato 297

JACOPO ALBERTI, FILIPPO CROCI
L'impatto del *soft law* dell'Unione europea nei giudizi interni: un'analisi sul campo 325

PARTE QUARTA

Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi sulla legittimità costituzionale delle leggi

Presidenza Elena Sciso

PAOLO PALCHETTI
Conformità dell'ordinamento italiano alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e controlimiti: problemi aperti 371

PAOLA IVALDI
Le norme pattizie come parametro interposto nella giurisprudenza costituzionale: profili internazionalistici 389

LORENZA MOLA
Oltre la CEDU: la rilevanza della Carta sociale europea e delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali nella recente giurisprudenza costituzionale 409

PARTE QUINTA

Aperture, filtri e chiusure della Corte costituzionale all'applicazione giudiziale del diritto internazionale ed europeo

Presidenza Marina Castellaneta

ANTONIO RUGGERI
Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale 445

MONICA LUGATO
Il giudizio di costituzionalità sul diritto internazionale: spunti critici 487

ROBERTO GIOVANNI CONTI
Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no? A proposito di Corte Cost. n. 20/2019 517

Conclusioni generali 547
LUIGI CONDORELLI

APPENDICE
Organi Direttivi 559

PRESENTAZIONE

Pasquale DE SENA*

Il XXIV Convegno della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea, svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tre e l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR), ha avuto ad oggetto "Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni".

In questo convegno, il cui titolo è deliberatamente ispirato alla classica opera di Dionisio Anzilotti, la complessa problematica delle vicende di norme internazionali ed europee nell'ordinamento statale è stata indagata "ex professo", per la prima volta nella storia dei colloqui scientifici, direttamente organizzati della Società. La scelta del tema, che si ricollega ad una lunga, feconda e prestigiosa tradizione di studi della Scuola italiana di Diritto internazionale, è dunque da salutare con particolare favore, non solo per la circostanza appena segnalata, ma anche per l'ampiezza di respiro e la qualità degli interventi cui tale scelta ha dato luogo, che oggi sono raccolti nel presente volume.

Tre sono gli aspetti dell'articolazione dell'incontro, che mi sembra necessario sottolineare in questa sede.

Si tratta, in *primo* luogo, del fatto che, conformemente al carattere plurale dell'ambito di interessi della Società, esso abbia riguardato in tutte le sue sessioni – com'era del resto scientificamente indispensabile - tanto il Diritto internazionale, che il Diritto dell'Unione europea. Né va dimenticato che le stesse specificità delle vicende interne di norme di Diritto internazionale privato e processuale, di origine europea ed internazionale, hanno trovato spazio nelle sedi opportune, vale a dire nella sessione dedicata all'applicazione di norme esterne, ed in quella concernente la loro interpretazione.

In *secondo* luogo, deve qui evidenziarsi l'ampio coinvolgimento nei lavori del Convegno di studiosi di altri campi della scienza giuridica – in particolare, di studiosi di Diritto costituzionale – nonché di personalità appartenenti ad alte giurisdizioni, nazionali ed europee. Sebbene una si-

* Segretario generale della Società Italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea.

mile circostanza possa considerarsi del tutto scontata sul piano metodologico (oltre che piuttosto ricorrente nell'ambito di tutte le attività della nostra Società), essa non lo è nella prassi dei convegni di altre associazioni scientifiche.

La *terza* osservazione concerne invece un profilo di carattere più generale, cui pure si accenna nella "Introduzione". Mi riferisco alla tendenza assai diffusa a stemperare i confini fra norme esterne – internazionali ed europee – e norme interne agli ordinamenti statali, nel quadro del progressivo consolidarsi di un ordinamento, spesso denotato con la denominazione "diritto globale". Lasciando qui da parte ogni considerazione sulla fondatezza di una simile prospettiva (a proposito della quale è peraltro invalsa la tendenza a non confrontarsi troppo con i cultori del Diritto internazionale, perlomeno qui in Italia), può dirsi che essa non ha trovato particolare riscontro, sul piano teorico, nel complesso degli interventi qui raccolti, fermo restando il rilievo sempre maggiore che il riferimento a norme internazionali ed europee tende ad assumere nell'interpretazione di norme nazionali.

Tanto per la scelta del tema, quanto per la sua eccellente articolazione sul piano sistematico e per l'esemplare disponibilità a confrontarsi con il Consiglio direttivo, tutti i membri del Consiglio e la Società nel suo insieme sono particolarmente grati a Giuseppe Palmisano, Vice-Presidente della SIDI per l'anno 2018-2019. A Lui e ai Colleghi dell'Università di Roma Tre e dell'Istituto di studi giuridici internazionali del CNR che lo hanno supportato, va poi un doveroso e sentito ringraziamento, non solo per il notevole impegno organizzativo profuso, ma anche per la precisione e la tempestività nella preparazione di questo volume.

SALUTI INTRODUTTIVI

Fausto POCAR*

Nel dare inizio ai lavori di questo XXIV convegno annuale della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea – il primo che mi trova alla sua presidenza e sono assai onorato di esserlo – vorrei rivolgere a tutti i presenti un saluto caloroso. Dalla sua fondazione la nostra associazione, che l'anno prossimo festeggerà un quarto di secolo di vita, ha fatto passi importanti nel campo dello studio delle problematiche del diritto internazionale, stimolando un dibattito che ha coinvolto un sempre maggior numero di soci e di esperti anche non accademici e di operatori italiani e stranieri, soprattutto un sempre maggior numero di giovani.

Se questo è indubbiamente motivo di soddisfazione per la società e per tutti noi, nell'aprire il convegno odierno non posso non richiamare l'attenzione sul fatto che viviamo un momento difficile per il diritto internazionale, che per certi versi appare ritornare al passato anziché rivolgersi al futuro.

Chi si è accostato al diritto internazionale, come tutti noi, nel periodo successivo al secondo conflitto mondiale ha vissuto un'epoca in cui il diritto internazionale ha progressivamente abbandonato, o comunque diminuito, il ruolo di dettare regole di semplice coesistenza degli Stati che l'aveva caratterizzato per secoli – pur con gli importanti momenti di aggregazione successivi alle guerre napoleoniche con il concerto europeo e ai tentativi di organizzazione del periodo fra le due guerre mondiali – per divenire in misura sempre maggiore un sistema di regole intese alla cooperazione degli Stati e spesso ad una cooperazione multilaterale istituzionalmente organizzata, in sede universale o regionale. Non occorre qui citare esempi in una riunione di cultori del diritto internazionale e del diritto dell'integrazione europea. Pur nel periodo della cosiddetta "guerra fredda" fra i due blocchi di Stati in cui la comunità internazionale era divisa, le norme di cooperazione erano una caratteristica costante del diritto internazionale, anche se talora o spesso non riuscivano a raggiungere i risultati sperati.

* Presidente della Società Italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea.

Conclusasi progressivamente la guerra fredda con il crollo di una delle due "superpotenze", la speranza che la cooperazione si sviluppasse in modo più decisivo e accelerato, anche per far fronte alle sfide globali che si affacciavano all'orizzonte, è stata però di breve durata. La disgregazione anche territoriale di diversi Stati in nome di una rinascita di interessi nazionali ha finito per prevalere e ha coinvolto varie istanze di cooperazione internazionale istituzionalizzata indebolendole o tendendo ad indebolirle. Anche grandi potenze hanno agito in questa azione di indebolimento, rendendo più difficile l'adozione di misure idonee ad affrontare le sfide alle quali ho accennato, che richiedono un'azione coordinata in sede multilaterale, mentre il diritto internazionale sembra ritornare al passato e a regole di cooperazione, quando si raggiungano, di natura bilaterale.

Non intendo in queste parole di saluto soffermarmi sulle ragioni che possono aver determinato questo atteggiamento degli Stati, né prospettare uno scenario negativo, ma solo richiamare l'attenzione su una tendenza che ci porta a un tempo precedente lo sviluppo di regole di cooperazione multilaterale che ha caratterizzato il diritto internazionale nella seconda metà del secolo scorso. Il monito è però che questa tendenza non giunga ad indebolire eccessivamente il diritto internazionale o addirittura a negarne la validità in un momento in cui il mondo ha invece bisogno del suo rafforzamento.

È pertanto importante che la nostra società di diritto internazionale sia sempre più consapevole del suo ruolo inteso a contribuire a rafforzare e consolidare i principi del diritto e dell'organizzazione internazionale, a favore della sicurezza e della pace, anche in una cooperazione con le associazioni sorelle operanti in altri paesi, che si sta sviluppando con successo e che si consoliderà in un colloquio comune all'Aja nel settembre di quest'anno.

Si colloca in questa prospettiva il tema del nostro convegno, dedicato al diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni. Il rispetto delle regole giuridiche internazionali ha inizio con l'attuazione che ad esse danno gli Stati e le loro istituzioni, fra le quali quelle giurisdizionali svolgono un ruolo importante e spesso determinante. Sono certo che questo convegno, magnificamente organizzato nell'Università Roma Tre dal vicepresidente Giuseppe Palmisano, aggiungerà un contributo importante a quelli dati finora negli altri incontri della nostra associazione. Nel ringraziarlo vivamente per il suo impegno, gli cedo la parola per introdurre il programma scientifico del convegno.

INTRODUZIONE

I GIUDICI NAZIONALI DEL XXI SECOLO DI FRONTE ALLE NORME DEL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

Giuseppe PALMISANO*

Il tema scelto per il XXIV Convegno annuale della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea – *"Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni"* (Roma, Università degli Studi Roma Tre e Consiglio Nazionale delle Ricerche, 5-6 giugno 2019) – è un tema allo stesso tempo classico e molto attuale.

Le motivazioni essenziali che hanno indotto alla scelta di questo tema non sono diverse da quelle magistralmente indicate da Dionisio Anzilotti, più di un secolo fa, nella Introduzione alla sua celebre opera "Il diritto internazionale nei giudizi interni".

Scriveva Anzilotti che "la funzione degli organi giudiziari interni nell'applicare il diritto internazionale rappresenta il mezzo con cui quotidianamente si esplica l'efficacia del diritto internazionale fuori del campo suo proprio, in contatto immediato con le altre parti della giurisprudenza". E aggiungeva: "Se il diritto internazionale sia suscettivo d'applicazione da parte degli organi giudiziari dei singoli stati, e quale, in genere, sia la posizione del giudice di fronte ad esso, è problema che ad un'importanza pratica evidente congiunge un alto significato scientifico, per lo stretto rapporto in cui si trova con le questioni fondamentali di questa disciplina. E tale rapporto, che senza dubbio conferisce all'argomento la sua peculiare attrattiva, ne rappresenta in pari tempo la maggiore difficoltà, perché vi riflette tutta la nebulosità e l'incertezza che ancora avvolgono le premesse sistematiche e le stesse basi del diritto internazionale".

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi Roma Tre. Vicepresidente della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea (2018-2019).

E, in effetti, tutto questo è ancora in gran parte vero.

Tuttavia è anche vero – ed è un'ovvietà – che molte cose sono cambiate dall'inizio del Novecento ad oggi; molte cose rilevanti dal punto di vista dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, e per le funzioni e l'attività del giudice interno. Cose di cui non si può non tener conto e di cui bisogna dar conto.

In estrema sintesi, è innanzitutto cambiata la quantità delle norme internazionali ed europee, e la loro 'qualità normativa'. Sono cioè aumentati in maniera esponenziale i settori, le materie, le questioni e i rapporti disciplinati da norme internazionali ed europee, ben al di là dell'ambito "classico" dei rapporti tra Stati. Oggi sono ormai tantissime le norme internazionali ed europee che vanno oltre quest'ambito e che riguardano il governo in senso lato delle comunità territoriali sottoposte alla giurisdizione dello Stato, o i rapporti tra privati. E queste norme sono spesso formulate con contenuti, con una precisione e una sintassi, che si addicono non tanto alla regolamentazione dei rapporti tra Stati, ma piuttosto ad ambiti tipici del diritto interno, statale.

Basti pensare alle norme internazionali ed europee sui diritti c.d. fondamentali (che siano civili e politici, o economici e sociali); norme che, così come sono formulate, sono molto simili a quelle presenti in molte Costituzioni statali, e che potrebbero facilmente trovare posto nella Costituzione o nelle leggi fondamentali dello Stato. Oppure si pensi alle convenzioni c.d. di legge uniforme, ad es. sulle obbligazioni contrattuali o sulla vendita internazionale, che potrebbero benissimo essere norme sancite dal codice civile o da atti di legislazione statale di diritto civile e procedura civile. O ancora si pensi alle norme internazionali sulla responsabilità penale individuale per certi gravissimi crimini, che potrebbero trovare posto, così come sono, nei codici penali e di procedura penale. Senza dire delle tante norme del diritto dell'Unione europea, contenute sia nei Trattati istitutivi, sia soprattutto nella normativa comunitaria secondaria (regolamenti o direttive, più o meno dettagliate). Per il loro oggetto e per come sono formulate, molte norme dell'UE potrebbero ben essere il prodotto di fonti normative statali, e trovare posto nell'ordinamento legislativo o nel sistema amministrativo di uno Stato; e infatti finiscono non di rado per sostituirsi o affiancarsi alle norme nazionali.

E gli esempi potrebbero continuare.

Inoltre, rispetto ai tempi in cui scriveva Anzilotti, le cose – sul piano giuridico internazionale – sono cambiate anche sotto altri punti di vista,

diversi da quello della quantità delle norme internazionali e della loro 'qualità normativa'. Si pensi allo sviluppo del fenomeno delle organizzazioni internazionali, e in particolare alla creazione e al funzionamento di organi internazionali cui sono attribuite funzioni giurisdizionali, persino giudiziarie in senso stretto: corti, tribunali, organi di controllo dell'applicazione di trattati e regimi convenzionali. E questo negli ambiti più vari: dal diritto marittimo ai diritti dell'uomo, alla tutela degli investimenti, del commercio o della proprietà intellettuale, alla repressione penale. Si tratta, evidentemente, di organi giurisdizionali che non solo giudicano e decidono casi applicando il diritto internazionale ed europeo rilevante, ma che svolgono anche una funzione interpretativa fondamentale di norme che, in molti casi, sono suscettibili di essere applicate, o devono essere applicate, anche dai giudici interni. E, talvolta, è previsto dagli stessi trattati che istituiscono questi organi giurisdizionali internazionali od europei che i giudici nazionali possano o debbano rivolgersi ad essi per poi attenersi all'interpretazione o alle pronunce degli organi stessi. È appena necessario che io mi richiami, in ambito europeo, agli esempi della Corte di Giustizia dell'UE e della Corte di Strasburgo, al rinvio pregiudiziale, o al recente protocollo n. 16 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

D'altra parte, e in modo complementare, anche sul piano degli ordinamenti giuridici interni (e di quello italiano in particolare) si riscontra oggi – rispetto a cento o settanta anni fa – un notevole cambiamento. Mi riferisco precisamente all'apertura molto maggiore di un secolo fa alla dimensione giuridica internazionale ed europea, alla maggiore permeabilità dell'ordinamento interno a quello internazionale. Basti pensare alla nostra Costituzione, al suo articolo 10, primo comma, secondo cui l'ordinamento italiano si conforma al diritto internazionale generale; o all'articolo 11 sulle limitazioni di sovranità, e all'uso che ne è stato fatto per introdurre e giustificare la rilevanza diretta e il primato delle norme comunitarie. O si pensi al novellato articolo 117 della Costituzione, che garantisce che il legislatore (statale e regionale) rispetti, nella sua attività legislativa, non solo la Costituzione ma anche gli obblighi internazionali e, in primo luogo, il diritto contenuto nei trattati ratificati dal nostro Paese. Un'apertura, una permeabilità, ben diverse da quelle con cui si confrontava Anzilotti nei primi decenni del secolo scorso.

E questa apertura (o permeabilità), in concomitanza con la crescente espansione e precisione normativa del diritto internazionale ed europeo, ha ovviamente avuto, e sta avendo, un impatto sulla giurisprudenza in-

terna, soprattutto sui giudici c.d. comuni, che utilizzano sempre di più norme internazionali ed europee nelle esercizio della loro funzione giurisdizionale; e che sempre più tengono conto e applicano queste norme nell'interpretazione che ne viene data dalle corti europee o internazionali competenti. E che tendono anche ad applicarle sempre più "direttamente", in combinazione con, o al posto di, legislazione interna pure in vigore, quando questa sia poco compatibile con quella internazionale ed europea.

È questo un fenomeno verificatosi specialmente negli ultimi decenni e che riguarda soprattutto fonti comunitarie ed europee, il diritto dell'Unione europea e la CEDU. Un fenomeno che ha dato vita, tra l'altro, ad una dialettica dei giudici comuni sia con la Corte di giustizia dell'UE, sia con la Corte europea dei diritti dell'uomo; dialettica che si è aggiunta a quella con la Corte costituzionale, prevista e disciplinata dalla nostra Costituzione.

Anche quest'ultima – la Corte costituzionale – non ha del resto mancato di valorizzare le aperture del nostro ordinamento al diritto internazionale ed europeo, evidenziando le possibilità e i margini di applicazione di questo nei vari tipi di giudizi interni, ivi compreso quello sulla legittimità costituzionale delle leggi.

Tuttavia, come sappiamo, la nostra Corte costituzionale ha anche ritenuto necessario porre dei limiti e dei 'controlimiti' a questa applicazione, e persino indicare al giudice comune delle priorità da rispettare in caso di dialogo o rinvio alle corti europee. Ed ha assunto, in questo contesto, un atteggiamento non solo di tutela giuridica dei valori fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, ma anche – talvolta – di mera salvaguardia delle proprie prerogative di organo giurisdizionale supremo in ambito statale, messe a rischio dall'ascesa del diritto europeo e internazionale e, soprattutto, delle corti europee.

Detto ciò, è appena necessario ricordare che, per quanto riguarda tutti questi notevoli sviluppi dell'ultimo mezzo secolo e più, nel senso di una crescente apertura dell'ordinamento interno al diritto internazionale ed europeo, e di una crescente rilevanza di questo diritto nei giudizi interni, non è stato affatto estraneo il ruolo svolto dalla scienza giuridica, e in particolare dalla riflessione della dottrina internazionalistica sul tema dei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno.

Ruolo che è consistito non solo nel prendere atto dei cambiamenti e cercare di spiegarli, di metterli a sistema, o commentarli criticamente,

ma anche spesso di promuoverne e sollecitarne gli sviluppi, orientandone la direzione. Mi basti in proposito richiamare pochi esempi notissimi.

Si pensi alla proposta di Roberto Ago e Gaetano Morelli all'Assemblea costituente di introdurre in Costituzione una disposizione di adeguamento automatico sia del diritto internazionale generale, sia dei trattati stipulati dall'Italia; e poi al contributo decisivo di Tomaso Perassi che ha invece portato al diverso testo definitivo ancora in vigore dell'articolo 10, primo comma, della Costituzione. O si pensi a Riccardo Monaco e alla sua insistenza per far rientrare il processo europeo d'integrazione, e quindi il diritto comunitario, sotto il cappello della seconda parte dell'articolo 11 della Costituzione, in realtà concepito originariamente in vista della partecipazione dell'Italia alle Nazioni Unite. O a Benedetto Conforti, con la sua teoria sulla specialità *sui generis* della legislazione di adattamento ai trattati, come criterio per regolare i rapporti tra norme pattizie e norme di legge contrastanti. O ancora al contributo di Giuseppe Tesauro, come giudice della Consulta, sul modo di operare del c.d. controlimite consistente nel precludere "a monte" l'operatività del rinvio al diritto internazionale previsto dagli articoli 10 e 117 della Costituzione in caso di norme internazionali che contrastino con principi fondamentali del nostro ordinamento.

Peraltro, la riflessione giuridica internazionalistica più recente – diciamo degli ultimi due o tre decenni –, posta di fronte a una realtà dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale (e alla presenza di quest'ultimo nei giudizi interni) che è molto più ricca, articolata e complessa di quanto non fosse ai tempi di Triepel e Anzilotti, o di Kelsen e Scelle, tende a sentire come sempre più stretti i paradigmi, gli schemi interpretativi "classici" del dualismo e del monismo, dell'affermata netta separazione tra diritto internazionale e ordinamenti statali o, all'opposto, della presunta unitarietà, della continuità del tessuto normativo che farebbe rientrare tutti questi sistemi giuridici in un unico ordinamento, in cui il livello più alto e uniformante sarebbe rappresentato dal diritto internazionale. E si va alla ricerca di approcci se non del tutto nuovi, relativamente nuovi, o quantomeno aggiornati. È dato così trovare percorsi di riflessione e schemi teorici che vengono presentati come neo-monisti, o invece di dualismo rivisitato. Con una scala graduale di toni e sfumature che si differenziano essenzialmente per la diversa risposta data ad alcune questioni concrete principali.

E tali questioni concrete riguardano proprio l'uso delle norme internazionali ed europee da parte del giudice nazionale: la questione degli effetti diretti, quella del primato o della prevalenza delle norme interna-

zionali sulle norme interne incompatibili, e la rilevanza delle giurisprudenza delle corti internazionali ed europee per il giudice interno.

Certo, nella letteratura c'è poi anche chi preferisce mettere del tutto da parte la contrapposizione, o meglio la dialettica tradizionale, tra diritto internazionale e diritto interno, tipica – comunque la si declini – di una visione statalista o stato-centrica del diritto (visione che peraltro riflette il dato reale in cui ancora si muovono i giudici nazionali).

Si tratta di tendenze che si orientano verso una terra decisamente meno cognita e sfuggente, che talvolta viene definita come "diritto globale", sia esso poi ulteriormente qualificato come costituzionalismo globale, o più settorialmente diritto amministrativo globale, diritto penale globale, diritto privato o commerciale transnazionale, e così via. Oppure, ci si muove su una terra ancora più incognita, alludendo a una dimensione "pangiuridica", in cui il giudice si troverebbe immerso ad operare, come in un'atmosfera generata dall'apertura di un vaso di Pandora pieno non già di leggi statali e di convenzioni internazionali, conservate in compartimenti distinti benché comunicanti, ma di norme e principi giuridici considerati senza il fondamento determinante di un ordinamento di riferimento, e in modo avulso dalla *societas*, dall'ambiente sociale più o meno organizzato, produttivo del proprio peculiare diritto.

Ma né il XXIV Convegno SIDI, né questo volume che ne raccoglie gli Atti, hanno la pretesa di affrontare o fare il punto su queste diverse prospettive teoriche o sull'intera tematica dei rapporti tra diritto internazionale ed europeo, da una parte, e diritto interno, dall'altra.

Piuttosto, e più modestamente, il XXIV Convegno SIDI ha inteso essere un'occasione di confronto e di riflessione, in primo luogo per gli studiosi e gli appassionati di diritto internazionale ed europeo, ma in modo più allargato per tutti i giuristi, gli esperti e gli operatori del diritto, ivi compresi ovviamente i giudici, di ogni tipo, ambito e livello. Un'occasione di confronto in cui l'attenzione si è rivolta per l'appunto alla posizione del giudice interno – per dirla con le parole di Anzilotti – di fronte alle norme di diritto internazionale ed europeo.

L'obiettivo è stato dunque quello di presentare e discutere gli aspetti principali e più attuali in cui si articola questo tema. E magari di proporre qualche idea, se non necessariamente nuova, capace comunque di favorire una visione convincente sul ruolo dei giudici interni, e di far fare un passo avanti nel superare l'*impasse* su alcuni dilemmi: ad esempio, su ciò che il giudice nazionale potrebbe o non potrebbe fare nell'applicazione del diritto internazionale ed europeo, e in virtù di quale 'necessità giuridica'; o viceversa sui modi di delimitare o ridimensionare un

uso troppo facile delle norme internazionali o europee nei giudizi interni, specie quando ciò non sia richiesto né indispensabile dal punto di vista degli stessi obblighi internazionali o europei, o addirittura pregiudizievole per valori fondamentali della convivenza della collettività che si riconosce in una certa Costituzione.

Per discutere con un certo ordine logico di questa tematica, al contempo variegata e intricata, l'organizzazione del Convegno, ripresa nella struttura di questo volume, è stata articolata in quattro parti distinte. Ovviamente, tali parti non vanno intese come dei compartimenti stagni; trattano temi e questioni che hanno sì ciascuno una propria identità e ragion d'essere, ma che sono anche intrinsecamente collegati tra loro. Sicché i rimandi, le presupposizioni e le sovrapposizioni che si troveranno nei contributi presenti nelle diverse parti di questo volume sono da considerare non solo inevitabili, ma direi persino fruttiferi per l'analisi di ciascuno degli argomenti affrontati, e per la visione complessiva della tematica.

Nella Parte Prima del volume, corrispondente alla sessione introduttiva del Convegno, il tema del giudice nazionale posto di fronte alle norme internazionali ed europee viene inquadrato nella cornice teorica più ampia dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, in una prospettiva europea comparata, attenta cioè alla riflessione giuridica caratterizzante il contesto non solo italiano ma anche francese e tedesco. In essa trovano posto i contributi di Carlo Santulli ("Monisme et dualisme dans l'exécution française du droit international"), Andrea Paulus ("Relevance and primacy of EU law in the German legal order: legal theories and constitutional jurisprudence"), e di Enzo Cannizzaro ("Il diritto internazionale nei giudizi interni: fra tradizione e innovazione").

La Parte Seconda è dedicata alle questioni riguardanti l'applicazione delle norme internazionali ed europee nei giudizi interni. Qui sono in particolare affrontati il tema degli effetti diretti delle norme internazionali *self-executing* (Roberto Baratta), le interrelazioni tra primato, effetto diretto e immediata applicazione giudiziale del diritto dell'UE (Daniele Gallo), la questione delle possibili antinomie tra norme pattizie e norme di legge, e della loro regolazione ad opera del giudice comune (Elisabetta Lamarque), nonché due problemi più specifici, riguardanti, uno, la litispendenza e la sospensione dei giudizi interni alla luce del Regolamento di Bruxelles 1-*bis* (Giulia Vallar), e l'altro l'applicazione giudiziale delle norme sulla cooperazione con la Corte penale internazionale, contenute nello Statuto della Corte stessa (Luigi Prosperi).

Nella Parte Terza è trattato il tema dell'interpretazione delle norme di diritto internazionale ed europeo da parte del giudice nazionale. Si troverà innanzitutto affrontato e discusso, nel contributo di Alessandra Gianelli, il principio c.d. di conformità riferito alle norme del diritto internazionale generale, in base al quale il giudice interno sarebbe chiamato ad interpretare tali norme conformemente al significato e alle implicazioni che sono loro proprie nell'ordinamento giuridico di origine. E poi, la questione della rilevanza, per l'interpretazione delle norme della CEDU ad opera giudice nazionale, della c.d. giurisprudenza "consolidata" della Corte di Strasburgo (Pierfrancesco Rossi). E ancora, per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea, viene esaminata l'importanza del rinvio pregiudiziale come strumento necessario al giudice nazionale per ottenere la "giusta" interpretazione delle norme comunitarie (Chiara Amalfitano). Completano questa Parte le riflessioni di Antonietta Di Blase sull'interpretazione da parte del giudice interno delle norme internazionali ed europee sui conflitti di leggi, e uno studio "sul campo", e a quattro mani, dedicato all'importanza, agli effetti dell'interpretazione del giudice nazionale, degli atti cosiddetti di *soft law* europeo (Jacopo Alberti e Filippo Croci).

La Parte Quarta del volume riunisce i contributi del Convegno riguardanti il ruolo del diritto internazionale ed europeo nei giudizi sulla legittimità costituzionale delle leggi. In particolare, vengono qui svolte riflessioni sulle due questioni principali della tematica: da una parte la rilevanza, anche oltre l'ambito del giudizio sulla costituzionalità delle leggi, del dettato dell'articolo 10, comma primo della Costituzione, secondo cui l'intero ordinamento giuridico italiano deve conformarsi alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (Paolo Palchetti), e – dall'altra – il valore delle norme internazionali pattizie come parametro interposto di costituzionalità, alla luce della giurisprudenza costituzionale applicativa dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione (Paola Ivaldi). Chiude questa parte del volume un approfondimento sulla recente rilevanza assunta, nel giudizio sulla costituzionalità delle leggi, dalla Carta sociale europea e dalle decisioni quasi-giurisdizionali del Comitato europeo dei diritti sociali, applicative appunto della Carta sociale (Lorenza Mola).

La quinta e ultima parte si pone in linea di continuità con quella precedente, avendo ad oggetto il tema specifico delle aperture, dei limiti, e dei controlimiti posti dalla nostra Corte costituzionale all'applicazione giudiziale del diritto internazionale ed europeo. Un tema che, com'è noto, ha suscitato – specie negli ultimi anni – accesi dibattiti e posizioni molto diverse, spesso contrastanti, nel "dialogo tra corti". E mi riferisco

evidentemente sia al dialogo tra Corte costituzionale e corti europee, sia a quello tra giudici "comuni" e Corte costituzionale italiana. Durante il Convegno questo tema è stato affrontato e discusso nella forma di una "Tavola rotonda", moderata da Marina Castellaneta, cui hanno partecipato due giudici costituzionali – l'attuale Presidente della Corte, Marta Cartabia, e Francesco Viganò –, il giudice della Corte di Cassazione Roberto Conti, Antonio Ruggeri e Monica Lugato. In questa parte del volume si troverà tuttavia non già il resoconto degli interventi e del dialogo dei partecipanti alla Tavola rotonda, bensì i contributi scritti presentati da alcuni di loro. Precisamente, Antonio Ruggeri sviluppa la questione dei rapporti interordinamentali nella nostra Costituzione, alla luce della giurisprudenza costituzionale, Monica Lugato si sofferma sul giudizio di costituzionalità sul diritto internazionale, e Roberto Conti discute la posizione della Consulta sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da parte del giudici comuni, quale desumibile dalla sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale.

Chiudono il volume, così come hanno chiuso il Convegno, le riflessioni conclusive di Luigi Condorelli, che partendo da "cani, gatti e canarini" arriva a raffigurare il diritto che i giudici interni si trovano ad applicare come una scala a sei gradini discendenti (o ascendenti, a seconda dei punti di vista).

Come dunque emerge dalla struttura e dai contenuti del volume – che riflettono quelli del Convegno –, esso non si presenta come una trattazione sistematica a più voci del tema che ne dà il titolo ("Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni"), intesa a coprirne e studiarne con completezza tutti gli aspetti. Piuttosto, i saggi in esso contenuti, e il modo in cui sono sistemati, si propongono di offrire una varietà di contributi importanti per comprendere quali siano oggi, nel secondo decennio del XXI secolo, i problemi e le sfide che si pongono nella considerazione e nell'uso delle norme del diritto internazionale ed europeo da parte dei giudici nazionali (specialmente, è ovvio, in Italia), in una chiave di lettura che tenga però conto non tanto delle esigenze giuridiche dell'ordinamento statale, ma piuttosto di quelle del diritto internazionale ed europeo.

Con la speranza che il presente volume, e il Convegno che ne è all'origine, possano essere considerati un risultato soddisfacente dal punto di vista che si appena detto, la loro realizzazione è stata comunque il frutto di un impegno meditato e prolungato, che ha coinvolto un insieme di persone e di enti, che meritano di essere qui ricordati e ringraziati.

Innanzitutto, il ringraziamento va ai tanti amici e colleghi, italiani e stranieri, che si sono lasciati coinvolgere in questa impresa, rendendola effettivamente possibile e dandole, con le loro relazioni e i contributi scritti, i contenuti scientifici e di riflessione giuridica essenziali per la sua riuscita. Tra questi rientrano anche, ovviamente, i Presidenti delle varie sessioni in cui si è articolato il XXIV Convegno SIDI, ossia (secondo la sequenza delle sessioni): Stefania Bariatti, Guido Raimondi, Ugo Villani ed Elena Sciso.

In secondo luogo, ringrazio tutto il Consiglio direttivo della SIDI, il Presidente Fausto Pocar e il Segretario generale Pasquale De Sena, che con molta sollecitudine e interesse hanno sempre seguito la preparazione del Convegno, reagendo alle proposte iniziali, migliorandole e arricchendole nei contenuti e nelle modalità organizzative.

Un grande ringraziamento va inoltre alle due strutture che hanno permesso con il loro contributo finanziario, di spazi, di attrezzature e organizzazione logistica e amministrativa, la realizzazione del Convegno e la pubblicazione del volume: da una parte l'Università di Roma Tre, in particolare il Rettore, Luca Pietromarchi, il Dipartimento di Giurisprudenza (col Centro internazionale di ricerca "Diritto e Globalizzazione") e il suo Direttore, Giovanni Serges; e, dall'altra, il Consiglio Nazionale delle Ricerche, in particolare l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali e la sua Direttrice, Ornella Ferrajolo.

Desidero anche ringraziare la Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale e il suo Presidente, Franco Frattini, e le varie case editrici che hanno contribuito ai costi vuoi del Convegno, vuoi del volume.

E da ultimo, ma è il ringraziamento più sentito, ringrazio tutto il team che ha collaborato concretamente alla preparazione e alla realizzazione del Convegno. E, quindi, grazie alla squadra di Roma Tre, con Giulio Bartolini, Mirko Sossai, Alice Riccardi, e tutto lo staff amministrativo. E grazie alla squadra del CNR, con Andrea Crescenzi, Rosita Forastiero, il segretario amministrativo Massimiliano Uberti e tutto lo staff di segreteria. E per finire un grazie speciale a Roberto Storchi, che nel 2019 si è sobbarcato non solo i consueti carichi amministrativi della SIDI, ma anche molti aspetti organizzativi del Convegno di Roma e della pubblicazione degli Atti.

È senz'altro merito di tutte queste persone, e delle istituzioni per cui lavorano, se il XXIV Convegno annuale della SIDI – *"Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni"* – ha avuto l'onore di ricevere il prestigioso riconoscimento di un'apposita Medaglia del Presidente della Repubblica Italiana, Sergio Mattarella, a cui va il mio deferente ringraziamento.

P.S.: Questo volume vede la luce in un periodo buio e triste della storia del nostro Paese. Come curatore vorrei pertanto dedicarlo alle tante, troppe, persone che in questi ultimi mesi hanno perso la vita e sofferto lutti a causa dell'epidemia causata dal Covid-19, e alle tante, meravigliose, persone che hanno sacrificato generosamente tutto il loro tempo e il loro impegno per salvare le vite dei nostri cari da questa terribile epidemia.

PARTE PRIMA

IL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO NEI GIUDIZI INTERNI NELLA TEORIA E NELLA PRASSI DEI RAPPORTI TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO INTERNAZIONALE

Presidenza

Stefania Bariatti

IL DIRITTO INTERNAZIONALE NEI GIUDIZI INTERNI: FRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE

Enzo CANNIZZARO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il diritto internazionale nei giudizi interni: un saggio di cosmologia giuridica. – 3. Universi interattivi? Il diritto internazionale come ordinamento necessario. – 4. Una cosmologia tolemaica rivisitata? La sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014. – 5. Il "predominio assiologico" della Costituzione. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il diritto internazionale nei giudizi interni, pubblicato da Dionisio Anzilotti nel 1905, contiene una mirabile sintesi dei fondamenti della nuova dottrina del diritto internazionale del tempo, di per sé e nei suoi rapporti con l'ordinamento statale al tempo della sua grande teorizzazione. Questo libro, come l'intera opera di Anzilotti, è dedicato alla dimostrazione dell'autonomia del diritto internazionale, sia rispetto al diritto naturale che rispetto al diritto interno. Nella prospettiva della ricostruzione di un autonomo ordinamento internazionale, *Il diritto internazionale nei giudizi interni,* insieme all'opera di Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*[1], ha forgiato le categorie della nuova scienza.

È in questo ambito concettuale, fortemente ispirato dalle nuove tendenze positiviste, che il libro di Anzilotti ha, quindi, ricostruito la dottrina dell'adattamento, che costituisce, per rigore logico e chiarezza concettuale, un vanto della scuola italiana del diritto internazionale.

La dottrina dell'adattamento, rivoluzionaria all'epoca della sua elaborazione, ha segnato il parametro concettuale di riferimento per la ricostruzione dei rapporti fra diritto internazionale e diritto interno. Non solo, come meglio vedremo, essa ha contribuito in maniera decisiva allo sviluppo del diritto internazionale, svincolato da stratificazioni morali o religiose. La dottrina dell'adattamento ha anche celebrato i fasti della sovranità statale, nel quadro della grande teorizzazione della dottrina del-

* Professore ordinario di Diritto internazionale, "Sapienza" Università di Roma.

[1] Leipzig, 1899.

lo Stato, che ha, anch'essa, segnato un passaggio epocale nella storia del pensiero giuridico e politico.

Esigenze pratiche, legate alla crescente internazionalizzazione dei rapporti sociali, unitamente alle idealità internazionaliste, che hanno fatto seguito alle macerie dei nazionalismi novecenteschi, hanno tuttavia grandemente attenuato il rigore sistematico della separazione fra ordinamenti. Le Costituzioni del dopoguerra, e in ispecie quella repubblicana del 1948, ispirate alla concezione del diritto internazionale come antidoto alle dottrine nazionaliste, hanno significativamente limitato il rigore sistematico della dottrina dell'adattamento e hanno imposto un nuovo modello dei rapporti fra norme internazionali e ordinamento statale. In tale nuovo assetto, il diritto internazionale è divenuto uno strumento di realizzazione del sistema dei valori costituzionali. Di tale processo, si seguiranno le tappe principali di una evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha mutato in profondità la dottrina anzilottiana, imponendo un modello di reciproca presupposizione e interpenetrazione fra ordinamenti giuridici.

Infine, lo sguardo sarà volto alle tendenze contemporanee, ispirate da una nuova concezione dello Stato come depositario unico delle garanzie di democrazia e di rispetto dei diritti fondamentali, da difendere contro le forme più elaborate di esternalizzazione della funzione di decisione politica. Di tali tendenze, che segnano il passaggio del secolo a una nuova forma di nazionalismo giuridico, diversa da quella che ha segnato il passaggio fra i due secoli scorsi, ma non meno insidiosa, analizzeremo, sebbene in maniera sintetica, le incongruenze tecniche e la controversa ideologia politica.

2. Il diritto internazionale nei giudizi interni: un saggio di cosmologia giuridica

Conviene iniziare l'analisi dal sistema concettuale che si riflette in questo lungo saggio, intriso di ideologia positivista e fondato su una rigorosa forma di logica deduttiva.

In esso, Anzilotti afferma decisamente l'idea che il diritto internazionale non è, e non può strutturalmente essere o divenire, parte del diritto interno. Come è noto, l'affermazione contraria, secondo la quale *international law is part of our law,* è contenuta in una celebre sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti, adottata solo cinque anni prima della pubblicazione del saggio anzilottiano[2]. In tale opera, tuttavia, non vi sono riferimenti a

[2] *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900).

tale impegnativa affermazione o alla ragion pratica che indusse la Corte suprema statunitense a pronunciarla.

Alle proprie conclusioni, Anzilotti giunse, invero, sulla base di una catena di argomenti saldati in una ferrea sequenza logica.

La premessa fondamentale è la serrata critica della tradizione di diritto naturale, nella quale il diritto altro non è che un insieme di regole che derivano da un sistema di valori pre-giuridici di carattere universale i quali, di conseguenza, governano sia le condotte di Stati che quelle di individui.

In questo "brodo primordiale", nel quale non vi è alcuna differenza fra i rapporti giuridici di diritto interno e quelli di diritto internazionale, quest'ultimo tende, quindi, a superare i confini ad esso propri e invadere le materie concernenti rapporti interindividuali. Attraverso le norme che regolamentano fattispecie tipiche della disciplina statale, il diritto internazionale finisce quindi con il sovvertire l'ordinata trama dei poteri e delle prerogative degli organi interni[3].

"Incerto di sé e dell'esser suo, preoccupato più di estendere il proprio contenuto che di determinarlo, il diritto internazionale ha volto affermare il suo dominio anche ove gliene mancavano i titoli, comprendere, alterandoli, rapporti e materie che non gli spettano, e che gli spettano soltanto sotto determinati aspetti o condizioni"[4].

L'erroneità di questa concezione sembra risiedere, nel pensiero di Anzilotti, nella diversità del fondamento ultimo delle regole interne rispetto a quelle internazionali. Le prime riposano sul volere unilaterale dello Stato, il quale, nel disciplinare fattispecie interne, rimane nel proprio dominio domestico. Occorreva, quindi, rinvenire un distinto fondamento positivo per le regole internazionali; un fatto produttivo di diritto: di un diritto teso alla regolamentazione di materie ricadenti al di fuori del dominio domestico dei singoli Stati. Tale fondamento non poteva, di conseguenza, che essere identificato nella comune volontà degli Stati,

[3] Si legge nel testo originale, edito da Zanichelli, Bologna, 1905, a p. 33: "Mancata una distinzione sicura fra le fonti del diritto interno e quelle del diritto internazionale di fonte al concetto che tutte le considera come modi di attuazione e di manifestazione d'un ordine giuridico preesistente e trascendente la realtà; allargata ai privati individui l'applicazione di regole di giustizia internazionale, e fattili in tal modo subietti di diritti e doveri, che si pretende eccedano la sfera del diritto interno, e che pur tuttavia si fanno valere soltanto nello stato e per lo stato; desunto il concreto atteggiamento dei particolari rapporti e delle singole posizioni giuridiche da uno stesso materiale storico convertito in astratte categorie concettuali, era aperto l'adito ad un grave pericolo, che cioè, rimanendo vago e indeterminato, sia il contenuto specifico del diritto internazionale, sia il suo rapporto col dirotto interno, si avviasse una compenetrazione reciproca o anche una confutazione dell'uno con l'altro. È quello che poi di fatti è avvenuto".

[4] *Ibid*., p. 33.

ben distinta, quindi, dalla loro unilaterale volontà[5]. Alla diversità del fondamento di tali sfere giuridiche, avrebbe pertanto corrisposto la radicale e assoluta separazione dei due ordinamenti, visti come autonomi universi giuridici, ciascuno depositario della propria giuridicità e ciascuno incapace di produrre diritto nelle sfere riservate all'altro.

Nel seguire fino alle sue ultime conseguenze tale catena argomentativa, Anzilotti traeva, quindi, l'inesorabile conseguenza: che le regole internazionali produttive di obblighi per gli Stati non avrebbero potuto in alcun caso produrre negli ordinamenti interni il contenuto normativo necessario per la loro esecuzione[6]. Queste regole avrebbero dovuto, invece, essere prodotte dalla unilaterale volontà dello Stato destinatario dell'obbligo. In nessun caso, quindi, i giudici interni avrebbero potuto applicare le regole internazionali, ma solo le regole statali adottate al fine di assicurarne l'applicazione[7].

La conclusione di tale analisi, condotta con magistrale rigore logico, è bene nota. Dopo aver ricostruito i caratteri di ambedue gli ordinamenti – quello statale e quello internazionale – come ordinamenti chiusi, ciascuno impermeabile rispetto alle fonti produttive di diritto dell'altro, ovvero come due distinti universi normativi che procedono da due diversi fatti creativi, Anzilotti indicava, conclusivamente, come le fonti dell'uno non potessero mai, strutturalmente, produrre diritto nell'altro o, se si preferisce, come il contenuto normativo prodotto da fatti di produzione giuridico nell'un sistema non potesse mai essere riconosciuto, in quanto tale, nell'altro.

In questo sistema concettuale, le norme internazionali, ovvero i fatti che le producono, avrebbero ben potuto creare diritto nel proprio ordinamento e indirizzare diritti ed obblighi in capo allo Stato, concepito, però, esclusivamente nella sua qualità di soggetto di tale ordinamento. E gli obblighi prodotti da tali norme avrebbero dovuto essere, corrispondentemente, eseguiti negli ordinamenti statali. Ma tale esecuzione non avrebbe smentito la radicale e insanabile separazione ordinamentale delle due sfere dell'esperienza giuridica. Al contrario, dato che l'esecuzione interna del diritto internazionale sarebbe stata realizzata non già mediante l'impossibile fenomeno del riconoscimento della giuridicità dell'obbligo internazionale, ma esclusivamente mediante il funzionamento dei meccanismi di produzione giuridica propri di ciascun ordina-

[5] *Ibid.*, p. 41 ss.
[6] *Ibid.*, p. 43 ss., 56 ss.
[7] "E così … si è confusa l'applicazione giudiziaria del diritto interno avente importanza internazionale con l'applicazione del diritto internazionale vero e proprio, togliendo al problema che ci siamo posti ragione d'essere e significato". *Ibid.*, p. 33.

mento interno, tale effetto avrebbe confermato, piuttosto che smentito, la radicale separazione dei due universi giuridici.

In questo sistema, ricostruito dalle sue premesse in maniera rigorosamente deduttiva, l'adattamento dell'ordinamento nazionale agli obblighi dello Stato derivanti da norme internazionali dovrà necessariamente avere carattere "ordinario". Lo Stato, in altri termini, una volta presa coscienza dei propri obblighi nella dimensione internazionale, dovrà attivare i procedimenti idonei a produrre norme interne che ne consentano l'esecuzione. Ma tale "dovere" non ha, evidentemente, carattere giuridico: non lo ha secondo l'ordinamento interno, che appare del tutto indifferente alle vicende giuridiche che si svolgono in quello internazionale; non lo ha secondo l'ordinamento internazionale, il quale, generalmente, pone in capo allo Stato solo obblighi materiali, che vanno eseguiti attraverso condotte altrettanto materiali atte a soddisfarli, e non già attraverso obblighi relativi al modo di essere del proprio ordinamento interno.

E, sempre procedendo con questo senso di consequenzialità logica, Anzilotti indica come il cosiddetto adattamento speciale, l'*exekutionsbefehl* della dottrina germanica, altro non è che un espediente che abbrevia il processo di produzione normativa, attraverso un rinvio alla norma internazionale ovvero ai suoi obblighi. L'utilizzazione di tale forma di adattamento è, in altri termini, una illusione ottica, che potrà bensì dare all'osservatore l'erronea impressione che il diritto internazionale si applichi direttamente nell'ordinamento statale; ma, ad uno sguardo più accurato, essa rivela invece la propria natura di autonomo procedimento di produzione giuridica, il quale produce le norme interne necessarie a consentire allo Stato di conformarsi ai propri obblighi internazionali, senza in nulla attenuare la separazione dell'ordine giuridico interno da quello internazionale.

"Invece di emanare le norme giuridiche volute dal trattato o necessarie per la sua esecuzione, lo Stato rinvia al trattato medesimo; ma in realtà, poiché il trattato non può in *verun caso* servire di norma a rapporti affatto diversi da quelli fra gli Stati ai quali si riferisce, emana con questo rinvio le norme che il trattato richiede e il cui contenuto, del resto, è già determinato dal trattato stesso. Ed è un procedimento che trova la sua spiegazione in ragioni prevalentemente pratiche …"[8].

E, conseguentemente,

[8] *Ibid.*, p. 119.

"niuno, io credo, vorrebbe sostenere che violasse i suoi impegni internazionali uno Stato il quale, invece di pubblicare il testo di un trattato, emanasse una legge ad esso corrispondente"[9].

Giunge, così, a compimento il processo di deduzione logica iniziato dalle premesse positiviste poste da Anzilotti: il rifiuto dell'unico "brodo primordiale" della tradizione di diritto naturale dal quale avrebbe preso vita l'esperienza giuridica; il rifiuto, quindi, dell'idea di un medesimo sistema assiologico fondamentale che avrebbe dato vita alle due dimensioni: quella del diritto interno, che regola i rapporti interindividuali, e quella del diritto internazionale, che regola i rapporti fra Stati; il rifiuto, ancora, dell'esistenza di una giuridicità astratta, posta al di fuori degli ordinamenti positivi e, rispetto ad essi, logicamente antecedente.

A tale rifiuto, Anzilotti contrapponeva, invece, la concezione della giuridicità come una qualità immanente a ciascun ordinamento positivo e non concepibile al di fuori di esso. Tale concezione, evidentemente, implicava una serie di condizioni: la necessità di identificare, per ciascun ordinamento, un autonomo fatto costitutivo, un *big bang* per ciascun universo giuridico racchiuso nel suo carattere ordinamentale; nonché il carattere necessariamente esclusivo di tale giuridicità e dell'ordinamento nel quale essa ha vita e prospera.

All'epoca in cui Anzilotti scriveva, le premesse positiviste elaborate dalla scienza giuridica avevano già dato vita alla dottrina dello Stato e alla dottrina del diritto internazionale. *Il diritto internazionale nei giudizi interni* ha sviluppato ulteriormente tali premesse, ricostruendo un modello cosmologico di rapporti fra ordinamenti: un modello fondato, invero, sull'esistenza di una pluralità di ordinamenti fra essi distinti e privi di canali di comunicazione; di monadi giuridiche prive di comunicazione e dominate dal principio di esclusività, secondo il quale ciascun ordinamento definisce, in piena autonomia, i caratteri dell'esperienza giuridica.

In questo quadro, i due ordinamenti – quello interno e quello internazionale – sarebbero stati fondati su autonomi fatti costitutivi – l'atto creativo della sovranità statale e, rispettivamente, la comune volontà degli ordinamenti statali sovrani – e su dinamiche ordinamentali distinte e autonome. Occorre ora vedere se tale modello ha resistito alla crisi del nazionalismo, crisi politica prima ancora che giuridica, e alle nuove tendenze post-belliche.

[9] *Ibid*., p. 120.

3. Universi interattivi? Il diritto internazionale come ordinamento necessario

Un diverso assetto nei rapporti fra diritto internazionale ed ordinamenti interni emergeva nel secondo dopoguerra, sulla base della declinante fortuna delle dottrine nazionaliste e di una nuova concezione del diritto internazionale, visto come antidoto alle conseguenze nefaste della esasperazione della nozione di sovranità.

Un tratto comune di tali tendenze sembra costituito dalla concezione del diritto internazionale come un ordinamento necessario affinché il sistema costituzionale possa realizzare i propri valori nella sfera delle relazioni con altri Stati. Questa concezione muta radicalmente quella alla base della costruzione formalista anzilottiana. Essa non fa venir meno il principio dell'autonomia dell'ordinamento interno, e, di conseguenza, di quella del diritto internazionale. Essa, tuttavia, concepisce tale autonomia non già come un principio di assoluta e radicale incomunicabilità. Al contrario, l'ordinamento interno riconosce la giuridicità propria dell'ordinamento internazionale e la utilizza al fine di realizzare i propri valori.

Due, quindi, sono le conseguenze di questa nuova concezione sul piano dei rapporti interordinamentali.

La prima è data dal riconoscimento dell'ordinamento giuridico internazionale come l'unico nel quale si possa estrinsecare la dimensione esterna del nuovo sistema costituzionale. La seconda è data dalla volontà delle costituzioni del dopoguerra di affermare, nella sfera esterna, la propria visione e i propri valori avvalendosi del diritto internazionale.

Emerge dalla combinazione di tali assunti, apparentemente contraddittori, un sistema normativo complesso e affascinante. L'ordinamento internazionale è visto, da un lato, come portatore di propri interessi e valori normativi, nell'ambito dei quali il nuovo Stato costituzionale "aperto" dovrà integrarsi. D'altro lato, tale ordinamento è uno strumento per la realizzazione di un modello di rapporti internazionali omogeneo al sistema di valori costituzionali. È nella combinazione fra queste due concezioni – fra la estroversione costituzionale verso i valori internazionalisti, visti come universali e, quindi, patrimonio di una più ampia comunità che superi gli steccati del nazionalismo giuridico, e la introversione costituzionale, che tende a offrire a tale comunità i propri valori interni – che va ricercato, quindi, il nuovo assetto assiologico dei sistemi costituzionali del novecento.

Questo sistema concettuale è ben esemplificato dalla Costituzione italiana del 1948. La Costituzione repubblicana non guarda al diritto internazionale come un insieme di regole che governano la coesistenza fra

Stati sovrani, rispetto alle quali adottare un sistema di esecuzione che consenta allo Stato di adempiere i propri obblighi. Esso è visto, invece, come un ordinamento necessario, i cui valori, espressione di una più ampia esperienza universale, siano parte dell'ordinamento costituzionale e nel quale, d'altronde, lo Stato dovrà tendere alla realizzazione del nuovo modello di rapporti internazionalistici voluto dalla Costituzione nazionale.

Alla composizione fra queste due grandi aspirazioni ideali ha quindi atteso una giurisprudenza costituzionale coerente ed innovativa la quale, pur con qualche incertezza interpretativa, ha contribuito alla realizzazione del disegno costituzionale.

Di tale processo di identificazione del sistema internazionalistico della Costituzione italiana, ormai noto in ogni dettaglio, conviene sinteticamente ricordare le tappe principali.

Nella sentenza *Russel*[10], la Corte costituzionale italiana ha evidenziato non solo il rango costituzionale attribuito dalla Costituzione alle regole del diritto internazionale generale ma anche l'esigenza di considerare, in caso di conflitto apparente fra tali regole e altri valori "interni" della Costituzione, la funzione svolta dal diritto consuetudinario nel proprio ordinamento. Uno dei passaggi più significativi definisce con nettezza questo percorso argomentativo.

"Il costituente, dopo aver stabilito all'art. 10 che l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generale, ha inteso con l'art. 11 definire l'apertura dell'Italia alle più impegnative forme di collaborazione e organizzazione internazionale: ed a tale scopo ha formalmente autorizzato l'accettazione, in via convenzionale, a condizioni di parità con gli altri Stati e per le finalità ivi precisate, delle necessarie 'limitazioni di sovranità'".

Nella sentenza Frontini[11], di poco antecedente, richiesta di verificare la conformità alla Costituzione di talune previsioni del Trattato istitutivo della allora Comunità economica europea, relative, in particolare, ai poteri delle istituzioni europee di agire con un notevole grado di autonomia rispetto alle istituzioni nazionali, la Corte indicava come:

"(a)lla Comunità economica, aperta a tutti gli altri Stati europei … e concepita come strumento di integrazione tra gli Stati partecipanti, per fini comuni di sviluppo economico e sociale, e quindi anche per fini di difesa della pace e della libertà, l'Italia e gli altri Stati promotori hanno conferito e riconosciuto determinati poteri sovrani, costituendola come

[10] Sentenza n. 48 del 1979.
[11] Sentenza n. 183 del 1983.

istituzione caratterizzata da ordinamento giuridico autonomo e indipendente".

Non sembra improprio ritenere che, in questi due passaggi, si rifletta una concezione del diritto internazionale sconosciuta alla precedente ricostruzione della dottrina dell'adattamento. Tale concezione si impernia proprio sui due caposaldi delle nuove tendenze che hanno caratterizzato il costituzionalismo del secondo dopoguerra: la concezione del diritto internazionale come un ordinamento dotato di propri valori e obiettivi di carattere universale, e la visione di esso come uno strumento indispensabile per la convivenza fra gli Stati e per la realizzazione del nuovo modello internazionalistico della Costituzione.

In tempi recenti, tale tendenza è stata ulteriormente svolta e portata a compimento ad opera di altri strumenti di carattere costituzionale. Fra essi, conviene ricordare, per elaborazione teorica e ampiezza di contenuti, uno strumento che non reca il nome di Costituzione ma di essa ne ha indubbiamente alcune fattezze, vale a dire il sistema dei Trattati istitutivi dell'Unione europea, modificati dal Trattato di Lisbona.

Gli articoli 5, par. 5, e 21, par. 1 e 2, del Trattato sull'Unione europea descrivono, con un grado accentuato di dettaglio, le funzioni del diritto internazionale nell'ambito del Sistema costituzionale europeo.

La prima disposizione enuncia la nuova dottrina costituzionale che funge da ispirazione per l'insieme delle azioni esterne dell'Unione:

"Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite".

Questa significativa disposizione combina valori materiali, quali la pace, la sicurezza, lo sradicamento della povertà, la tutela dei diritti umani, con valori strumentali; primo fra tutti quello relativo alla "rigorosa osservanza del diritto internazionale".

Anche più significativa appare la disposizione dell'art. 21, par. 1, il quale, oltre a ribadire i valori enunciati dall'art. 3, par. 5, precisa uno dei suoi contorni, relativo, in particolare al valore strumentale del diritto internazionale per la realizzazione del disegno costituzionale. Precisa la disposizione come i valori materiali debbano essere perseguiti attraverso "soluzioni multilaterali ai problemi comuni, in particolare nell'ambito delle Nazioni Unite".

Emerge, insomma, pur da questi sommari riferimenti, una nuova concezione del diritto internazionale, ben diversa rispetto alla concezione anzilottiana dei due universi, forse reciprocamente presupposti, ma mai interferenti. Nella nuova concezione vi è molto più che una reciproca presupposizione. Vi è una costante interazione ideale e normativa che fa dell'uno un indispensabile complemento rispetto all'altro, in un processo dinamico che sembra prospettare un superamento del modello della sovranità dell'ordinamento giuridico statale che ha costituito un tratto ineliminabile della costruzione della dottrina normativista dello Stato.

4. Una cosmologia tolemaica rivisitata? La sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014

Nei più recenti svolgimenti della giurisprudenza costituzionale, tuttavia, questa virtuosa interazione fra diritto internazionale e ordinamento interno, si è bruscamente interrotta. Sulla base di dottrine interpretative della Costituzione che hanno messo in ombra il carattere necessario dell'ordinamento internazionale e i valori internazionalistici della Costituzione, l'equilibrio fra tali valori e quelli specificamente attinenti alla dimensione interna dell'esperienza costituzionale sembra essersi alterato in favore di questi ultimi.

Almeno in parte, tale squilibrio ha comportato un ritorno alla dottrina anzilottiana della sovranità dell'ordinamento giuridico statale, concepito come un sistema chiuso di fonti e di valori normativi, il quale determina quindi, in via unilaterale, le condizioni che permettano la produzione di effetti normativi corrispondenti agli obblighi internazionali dello Stato.

L'apogeo di questa tendenza appare indubbiamente la nota sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014 la quale ha chiuso, sul piano dell'ordinamento italiano, la vicenda relativa alla immunità dello Stato tedesco dalla giurisdizione civile per azioni tese ad accertare l'esistenza di gravi violazioni dei diritti dell'uomo a carico di prigionieri di guerra italiani commesse dallo Stato tedesco durante il secondo conflitto mondiale e a ottenere un risarcimento dei danni conseguenti.

La sentenza ha, come è noto, concluso nel senso che il principio dell'esercizio uniforme della giurisdizione, assicurato dall'art. 24 della Costituzione, prevale sulla regola consuetudinaria della immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione allorché l'applicazione di tale regola impedisca al giudice italiano di accertare l'esistenza di gravi violazioni di diritti fondamentali individuali.

La notorietà del caso consente di evitare un esame dettagliato dei fatti di causa nonché delle varie argomentazioni utilizzate dalla Corte costituzionale al fine di raggiungere questa conclusione. Ai limitati fini del presente studio, conviene piuttosto porre l'accento sulla particolare struttura del bilanciamento di interessi e valori costituzionali operato della Corte costituzionale.

La soluzione del problema di costituzionalità degli effetti giuridici della norma consuetudinaria sulla immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione comportava, infatti, la necessità di determinare l'esito di un conflitto fra valori costituzionali: da un lato, il valore sotteso all'art. 24 della Costituzione, che proclama il diritto individuale alla tutela giurisdizionale e, dall'altro, quello protetto dall'art. 10, 1° comma, che assicura la conformità dell'ordinamento italiano al diritto internazionale generale. Si tratta, evidentemente, di due principi fondamentali dell'ordinamento ai quali la Costituzione repubblicana ha prestato pari valore formale. I rapporti fra essi, di conseguenza, vanno determinati sulla base di nessi di compatibilità reciproca e, in caso di irrimediabile conflitto, sulla base del concreto interesse a realizzarne integralmente il disposto.

Al fine di utilizzare questa tecnica di soluzione dei conflitti fra valori costituzionali egualmente imperativi, la Corte avrebbe dovuto procedere lungo un processo logico di carattere ternario, come accade in qualsiasi procedimento di bilanciamento fra valori sottesi a norme aventi eguale rango formale.

La Corte avrebbe dovuto, innanzi tutto, estrarre dalle rispettive regole formali l'interesse alla loro osservanza nel caso concreto portato di fronte ad essa, prendendo in considerazione ogni aspetto, di carattere fattuale o giuridico, che potesse connotarne l'applicazione in tale caso.

Alla luce di questa analisi, essa avrebbe dovuto determinare la misura e gli effetti del sacrificio che l'integrale realizzazione dell'un valore avrebbe comportato rispetto alla integrale realizzazione dell'altro valore antagonista.

Infine, essa avrebbe dovuto determinare la soluzione migliore, sulla base di una analisi paretiana, data dalla ottimale combinazione fra il sacrificio dell'uno e la soddisfazione dell'altro. In tale ultima operazione logica, essa avrebbe dovuto tenere in debita considerazione altresì i mezzi alternativi per la soddisfazione di ambedue i valori in competizione.

Se avesse svolto tale analisi, la Corte costituzionale sarebbe verosimilmente pervenuta ad un risultato sorprendente.

Difatti, l'interesse concreto alla soddisfazione integrale del valore sotteso alla regola costituzionale della uniformità della giurisdizione civile sarebbe probabilmente risultato, nel caso concreto, meno alto di

quanto non appaia in via di principio. Da un lato, infatti, l'interesse all'accertamento della commissione di crimini commessi dalla Germania nazista nei confronti di prigionieri di guerra italiani era stata ampiamente riconosciuta dalla Corte di giustizia nella sentenza del 14 febbraio 2012 sulle immunità giurisdizionali[12], nonché dallo stesso Stato tedesco nel corso di tale procedimento giudiziario internazionale. In secondo luogo, l'interesse degli attori all'accertamento dell'illecito da parte della Germania era finalizzato all'ottenimento di un risarcimento monetario e non già alla cessazione dell'illecito, già consumato da molti decenni.

È bene precisare che questa considerazione non vale in alcun modo ad attenuare il disvalore della condotta dello Stato tedesco nelle orrende vicende dell'epoca. Essa viene in considerazione esclusivamente alla luce di una obiettiva analisi comparata fra valori antagonisti della Costituzione, i quali, qualora non risultino egualmente realizzabili, dovranno fra loro in relazione proprio all'interesse concreto che essi realizzino in ciascun caso specifico.

In questa prospettiva, rileva quindi proprio la circostanza che l'esercizio della giurisdizione statale nei confronti della Germania non era finalizzato alla realizzazione delle norme primarie che proibiscono, a livello nazionale e internazionale, la commissione di crimini orrendi quali quelli perpetrati dal regime nazista. L'esercizio della giurisdizione italiana era finalizzato esclusivamente ad accertarne la violazione e a imporre un risarcimento monetario. Sol che, come si è detto, da un lato, l'interesse all'accertamento del fatto illecito – che costituisce una forma rilevantissima di riparazione morale – non appariva, nel caso di specie, particolarmente alto, dato che esso si era già realizzato. D'altro lato, l'interesse alla realizzazione della norma secondaria sul risarcimento del danno, un interesse prevalentemente monetario, non poteva acquisire certamente, sempre nel caso concreto, il medesimo rilievo di quello proprio della norma primaria.

Di converso, l'interesse antagonista appariva, in questa operazione di bilanciamento, particolarmente elevato. Non si trattava, infatti, del mero interesse ad osservare una regola consuetudinaria, ancorché la Corte internazionale di giustizia, nella sentenza del 2012, avesse indicato come *"the rule of State immunity occupies an important place in international law and international relations*"[13].

[12] Sentenza del 3 febbraio 2012 nel caso delle *Immunità giurisdizionali dello Stato (Germania c. Italia: Grecia interveniente), International Court of Justice Reports 2012*, p. 99.

[13] *Immunità giurisdizionali*, cit., par. 57.

Si trattava, piuttosto, dell'interesse ad osservare una sentenza della Corte internazionale di giustizia, vale a dire di un organo di soluzione delle controversie incardinato, per di più, nel sistema delle Nazioni Unite, nel quale rappresenta the "*principal judicial organ*"[14]. Or bene, per univoca giurisprudenza della Corte costituzionale, l'esistenza e lo sviluppo di tale sistema hanno costituito il paradigma concettuale dell'articolo 11 della Costituzione che ha definito "l'apertura dell'Italia alle più impegnative forme di collaborazione e organizzazione internazionale"[15] al fine di costruire e preservare un nuovo ordine internazionale fondato su finalità di pace e giustizia fra le nazioni.

Questa conclusione si impone senza riguardo al contenuto della sentenza della Corte internazionale di giustizia del febbraio 2012. Il presente autore ha severamente criticato tale sentenza, sia in ragione della mancata valorizzazione delle prospettive evolutive del diritto internazionale, che in ragione della metodologia adottata dalla Corte internazionale di giustizia al fine di escludere l'esistenza di un conflitto fra regime delle immunità e diritto cogente[16]. Tali critiche non possono tuttavia in alcun modo intaccare la natura della sentenza internazionale come strumento che realizza al massimo grado la dimensione ordinamentale del diritto internazionale e, quindi, come strumento che realizza al massimo grado i valori internazionalistici della Costituzione. Sarebbe davvero bizzarro ritenere che l'apertura internazionalistica del sistema costituzionale possa operare solo allorché gli strumenti di soluzione delle controversie diano un esito favorevole allo Stato italiano.

In tale prospettiva la dichiarazione di incostituzionalità delle norme di legge che hanno dato esecuzione all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, pur limitata alla parte in cui tale disposizione costituisce il fondamento di obbligatorietà nell'ordinamento italiano della sentenza della Corte internazionale di giustizia del febbraio 2012, non costituisce certamente il momento più alto della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di diritto internazionale.

Infine, l'operazione di bilanciamento effettuata dalla Corte non sembra proprio aver tenuto in debito conto l'esistenza di misure alternative atte a soddisfare l'interesse individuale al risarcimento, senza però

[14] Art. 92 della Carta delle Nazioni Unite.

[15] Così si è espressa la Corte costituzionale nella notissima sentenza n. 183 del 18 dicembre 2973, *Frontini*. La Corte ha quindi indicato come, "a tale scopo (il legislatore) ha formalmente autorizzato l'accettazione, in via convenzionale, a condizioni di parità con gli altri Stati e per le finalità ivi precisate, delle necessarie 'limitazioni di sovranità'".

[16] Rinvio, in proposito, al mio libro *Diritto internazionale*, 3° ed., Torino, 2018, p. 258 ss.

impedire allo Stato di realizzare l'interesse collettivo ad osservare una sentenza della Corte internazionale di giustizia. In questa prospettiva, la Corte costituzionale avrebbe potuto considerare non solo misure di carattere "procedurale", costituite, nella specie, dalla riapertura, da parte degli organi costituzionali titolari del potere estero, di riaprire i negoziati con lo Stato tedesco al fine di giungere ad una soluzione mutuamente soddisfacente, come indicato dalla stessa Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 2012[17]. Essa avrebbe potuto bensì anche valutare la possibilità di indicare misure "sostanziali" di compensazione. Nel caso in questione, difatti, gli interessi che venivano in essere nell'operazione di bilanciamento non erano omogenei. All'interesse individuale alla tutela giurisdizionale assicurata dall'art. 24 Cost. si contrapponeva, infatti, l'interesse di consentire allo Stato italiano di osservare obblighi internazionali, sia di carattere sostanziale che di carattere strumentale. Ne consegue che la realizzazione di quest'ultimo interesse non avrebbe potuto comportare costi a carico di alcuni cittadini soltanto. Essa avrebbe dovuto, di converso, imporre una collettivizzazione di tali costi attraverso la prestazione di un indennizzo a carico dei cittadini il cui diritto costituzionale alla protezione diplomatica sarebbe risultato sacrificato sull'altare della realizzazione di un interesse collettivo.

Lungi dal seguire tale percorso, e dall'intraprendere una seria operazione di bilanciamento, la Corte costituzionale si è limitata ad affermare, in maniera apodittica, la prevalenza formale dei diritti fondamentali individuali rispetto all'interesse ad osservare una norma internazionale, utilizzata per schermare uno Stato straniero dalla responsabilità conseguente alla violazione di diritti fondamentali individuali[18].

5. Il "predominio assiologico" della Costituzione

Questa tecnica di interpretazione della Costituzione come un sistema ermeneutico, chiuso e impermeabile nella sfera dei propri valori fon-

[17] *Immunità giurisdizionali*, sentenza del 3 febbraio 2012, par. 104.

[18] Si legge nella sentenza: "in un contesto istituzionale contraddistinto dalla centralità dei diritti dell'uomo, …, la circostanza che per la tutela dei diritti fondamentali delle vittime dei crimini di cui si tratta, …, sia preclusa la verifica giurisdizionale rende del tutto sproporzionato il sacrificio di due principi supremi consegnati nella Costituzione rispetto all'obiettivo di non incidere sull'esercizio della potestà di governo dello Stato, allorquando quest'ultima si sia espressa, come nella specie, con comportamenti qualificabili e qualificati come crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, in quanto tali estranei all'esercizio legittimo della potestà di governo".

damentali, trova la sua massima espressione di principio nella sentenza n. 49 del 2015. Si legge nella sentenza.

"Il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, appena ribadito, è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU".

Conviene notare come tale assunto, con il sorprendente riferimento al "predominio assiologico della Costituzione" non costituiva un passaggio logicamente necessario per definire la questione di costituzionalità pendente innanzi alla Corte.

In questa sentenza, infatti, la Corte costituzionale ha rivisto il proprio precedente orientamento[19], il quale assegnava alla Corte europea dei diritti dell'uomo una sorta di competenza esclusiva nell'interpretazione della Convenzione europea, e ha escluso l'esistenza di un vincolo formale a carico dei giudici nazionali a conformarsi agli orientamenti interpretativi della Corte europea. Di conseguenza la Corte ha riconosciuto il potere dei giudici nazionali, inclusa la stessa Corte costituzionale, di concorrere alla formazione e, eventualmente, alla revisione degli orientamenti interpretativi della Corte europea. In tale quadro, l'interpretazione della Convenzione europea in senso conforme al sistema costituzionale interno ben avrebbe potuto essere fondata sul libero apprezzamento interpretativo da parte dei giudici nazionali.

La scelta di imporre ai giudici il dovere di interpretare la Convenzione in conformità al sistema costituzionale, oltre a risultare inesigibile e contrario alle tecniche interpretative di atti internazionali, appare ispirata da convinzioni ideologiche piuttosto che da considerazioni giuridiche. Né tale vincolo risulta giustificato dalla circostanza che, nella prospettiva dell'ordinamento nazionale, l'efficacia del sistema convenzionale nell'ordinamento interno si fonda, in ultima analisi, sugli strumenti normativi interni che ne hanno disposto l'esecuzione. Qualora si dovesse arrivare alla conclusione che, in caso di conflitto – piuttosto improbabile invero – fra norme della Convenzione e norme costituzionali, il giudice nazionale debba dare precedenza a queste ultime, un tale effetto sarebbe fondato su una norma formale di soluzione dei conflitti contenuta formulata dall'ordinamento nazionale e non certo su considerazioni di carattere assiologico.

Il valore ideologico della affermazione al centro di questo paragrafo, si unisce ad ulteriori espressioni della giurisprudenza relative al rapporto

[19] Si veda, in particolare, la sentenza della Corte costituzionale n. 317 del 2009.

con l'ordinamento giuridico dell'Unione, le quali, in virtù della loro notorietà unita alle particolarità tecniche di tale rapporto, saranno oggetto di un rapido richiamo.

In particolare, nella ordinanza n. 24 del 2017, relativa alla notissima e tormentata vicenda *Taricco*[20], la Corte costituzionale ha esteso il predominio assiologico della Costituzione anche alle tradizioni e alle dottrine interpretative della Costituzione. Si legge nella sentenza:

"lo Stato membro (non) deve rinunciare ad applicare le proprie disposizioni e tradizioni costituzionali, che … risultano per l'imputato di maggior favore. Né ciò sarebbe consentito nell'ordinamento italiano quando esse esprimono un principio supremo dell'ordine costituzionale, come accade per il principio di legalità in campo penale in relazione all'intero ambito materiale a cui esso si rivolge"[21].

6. Considerazioni conclusive

Emerge, in una valutazione d'insieme, come la Corte costituzionale italiana abbia abbandonato la strada di una interpretazione *völkerrechts-*

[20] La vicenda si è aperta con la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, e chiusa dalla sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 2018, con i due passaggi intermedi dati dalla ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017, la quale ha sollevato rinvio pregiudiziale di carattere interpretativo alla Corte di giustizia, e della sentenza interpretativa della Corte di giustizia, resa a Sezioni unite, del 5 dicembre 2017, C-105/14, *M.A.S.* L'ordinanza n. 24 del 2017, in particolare, ha seguito un itinerario metodologico analogo a quello già sperimentato nella sentenza n. 238 del 2014. La Corte costituzionale ha seguito un doppio binario: da un lato, essa ha rinunciato a segnalare la precaria coerenza della prima sentenza *Taricco* della Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-105/14, alla luce dei principi generali di diritto europeo nonché della stessa precedente giurisprudenza della Corte di giustizia; d'altro lato, invece, la Corte costituzionale ha svolto il proprio ragionamento esclusivamente sul piano della compatibilità fra gli effetti prodotti da quella sentenza con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano, chiedendo alla Corte di giustizia di modellare intorno ad essi la soluzione da adottare sul piano europeo. Nel rinunciare a contribuire a identificare l'equilibrio fra esigenze costituzionali interne e esigenze proprie dell'ordinamento europeo, e nell'imporre una soddisfazione totale delle prime, pur a costo di una compressione delle seconde, la Corte costituzionale ha, quindi, alterato l'equilibrio fra valori interni e valori internazionalistici della Costituzione.

[21] Nella sentenza n. 269 del 2017, la Corte costituzionale, nell'attrarre a sé l'esclusiva competenza a sindacare la validità di atti legislativi confliggenti con i diritti fondamentali tutelati sia dalla Costituzione italiana che dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ha indicato che "La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei … secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali ….".

freundlich del sistema costituzionale, preferendo piuttosto andare nella direzione opposta: quella che conduce all'incondizionato monopolio dello Stato nella protezione dei diritti fondamentali.

Proprio la difesa delle competenze statali dalla presenza intrusiva di un sistema universale di valori era stata al centro della riflessione scientifica di Anzilotti nell'opera che ha ispirato il titolo del presente convegno. Non sembra, quindi, improprio concludere nel senso che la recente giurisprudenza costituzionale segni davvero un *retour à Anzilotti*, ancorché limitato alla sfera della tutela dei diritti fondamentali, in una sorta di orgogliosa rivendicazione da parte dello Stato nazionale della propria funzione di difensore unico di tali valori.

Emerge, quindi, come la storia del pensiero scientifico interno al problema annoso dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale segua il flusso delle ideologie interno alla natura di tale ordinamento, visto, di volta in volta, come il regno dei valori universali, strutturalmente superiori rispetto a quelli propri dell'esperienza nazionale, ovvero, al contrario, come l'ambiente giuridico dominato dalle dinamiche della ragione di stato e strutturalmente inidoneo a garantire la sfera dei diritti individuali.

Al mutamento della prospettiva ideologica, muta, evidentemente, l'approccio degli ordinamenti nazionali: a volte aperti al benefico influsso del diritto internazionale, visto come un limite alle esasperazioni nazionalistiche; a volte chiusi rispetto a un ambiente esterno visto come minaccia per l'ordinato mondo dei valori dello stato di diritto e del primato dei diritti individuali.

Le costituzioni del secondo dopoguerra hanno segnato uno spartiacque fra queste due visioni, egualmente e perniciosamente ideologiche, e una visione pragmatica del diritto internazionale, visto come un ordinamento necessario, dal quale ricevere gli influssi benefici e che abbisogna, al tempo stesso del contributo degli ordinamenti nazionali per il suo ulteriore sviluppo.

La presente fase storica, fortemente contrassegnata dalle ideologie nazionaliste, sembra segnare un ritorno al principio della superiorità morale degli ordinamenti statali, per lo meno nell'ambito della tutela dei diritti e dei valori fondamentali. In tale tendenza, sembra affievolirsi l'idea di una virtuosa interazione fra diritto interno e diritto internazionale; sembra affermarsi l'idea opposta, dell'arroccamento dei giudici nel confortevole fortino del proprio ordinamento; sembra allontanarsi la prospettiva di un concorso dei due ordinamenti nella identificazione di principi che costituiscano un patrimonio comune dell'esperienza giuridica.

QUAND METTRE EN SCENE SA FORCE EST UNE FAIBLESSE. MONISME ET DUALISME DANS L'EXECUTION FRANÇAISE DU DROIT INTERNATIONAL

Carlo SANTULLI*

SOMMAIRE : 1. Les principes constitutionnels : un monisme à primauté du droit international ? – 2. Les limites constitutionnelles : un monisme à primauté du droit national ? – 3. Persistance du dualisme : de l'affirmation interne à l'effacement extérieur.

Le monisme est un peu une « passion française », même si la France n'en a pas le monopole, comme l'Italie n'est pas le seul Etat de tradition dualiste. La doctrine française, en tout cas, tend à analyser et à mesurer la « bonne réception » du droit international sous l'angle de l'affirmation historique d'un monisme constitutionnel français. L'analyse de la Constitution conforte l'adhésion de la doctrine française au monisme à primauté du droit international (1). Mais la jurisprudence récente a vu le retour en force de la maîtrise étatique du droit extérieur, qui finit par ressembler à un monisme à primauté du droit interne (2). Or, ces affirmations de force en faveur du droit national conduisent à un effacement, ou du moins à un affaiblissement, de la doctrine juridique internationale de l'Etat (3).

1. Les principes constitutionnels : un monisme à primauté du droit international ?

Les dispositions constitutionnelles françaises en vigueur sont assez sobres. Il n'y a pas de grandes déclarations de principe sur l'organisation de la réception automatique ou par transposition du droit international dans la Constitution française de 1958 (Vème République). En simplifiant un peu, la disposition essentielle est l'article 55 qui prévoit que sous réserve de réciprocité les traités régulièrement ratifiés ou approuvés ont

* Professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas). Directeur de l'Institut des Hautes Etudes Internationales.

dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois[1]. Peu importe qu'il y ait, oui ou non, des lois nationales, compatibles ou incompatibles, car le traité leur est supérieur du seul fait de sa publication. Il n'est pas nécessaire d'entrer ici dans le détail de l'histoire jurisprudentielle relative à cette disposition. Ce serait long et inutile, tant elle est connue et étudiée[2]. Aujourd'hui, au moins depuis l'arrêt qui signe en 1989 la capitulation du Conseil d'Etat, la décision *Nicolo*[3], il est clair que le législateur ne peut pas contredire efficacement un traité : la loi serait écartée même si elle est postérieure à l'accord international. Ainsi, et nonobstant la tradition légicentrique française héritée de la Révolution, la loi « expression de la volonté générale » plie devant le traité. Là s'arrête la clarté. Pour le reste, il n'y a rien dans la Constitution de 1958 qui se réfère aux autres éléments du droit international : rien sur la coutume par exemple, rien sur les principes généraux de droit international. La doctrine, cependant, en complément d'une jurisprudence relativement silencieuse, a pris l'initiative de rechercher les bases théoriques du statut français du droit international dans le Préambule de la Constitution de 1946 (IVème République), qui est encore en vigueur puisque la Constitution de la Vème République renvoie au Préambule de 1946, l'intégrant ainsi dans le « bloc de constitutionnalité ». Le Préambule de 1946, en effet, pose que la République, « fidèle à ses traditions » – ça, c'est un jugement historique –, « se conforme aux règles du droit public international » – là est la prescription juridique. De la référence au « droit public international », l'inversion mise à part, peut être déduit assez simplement un devoir constitutionnel de respecter les obligations internationales, même coutumières. Sur cette base textuelle réduite, c'est la pra-

[1] « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

[2] On en trouve la présentation systématique dans tous les manuels de droit international, v., par ex., J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 10ème éd., Paris, 2016 ; P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, 13ème éd., Paris, 2016 ; D. CARREAU et F. MARRELLA, *Droit international*, 12ème éd., Paris, 2018 ; C. SANTULLI, *Introduction au droit international. Formation, application, exécution*, Paris, 2013 ; D. ALLAND, *Droit international public*, Paris, 2017.

[3] C.E., ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, *Rec*. p. 190 ; et cf., avec un peu d'avance, Chambre mixte, 24 mai 1975, *Société des « Cafés Jacques Vabre »* et al., pourvoi n° 73-13556, *Bull*. n° 4 p. 6. *Adde*, pour la position du Conseil constitutionnel en tant que juge de la constitutionnalité, C.C., Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse* (refus de contrôle de la conformité des lois aux traités au titre du contrôle de constitutionnalité) – et cf., pour sa position en tant que juge électoral, C.C., Décision n° 88-1082/1117 A.N. du 21 octobre 1988, *Ass. nat. Val d'Oise*, *5e circ.* (le traité prime sur la loi postérieure dans le contentieux électoral).

tique, la jurisprudence, la doctrine qui ont construit une conception française de l'adaptation au droit international. Une conception qui est aujourd'hui, suivant une analyse majoritaire, moniste. La doctrine française, en effet, était traditionnellement à peu près unanime pour considérer que la publication prévue par l'article 55 de la Constitution ne pouvait pas être assimilée à une transposition. Il fallait y voir une simple exigence de procédure pour permettre l'opposabilité du traité, et donc son invocabilité devant les juridictions, et non une exigence de transposition – et certainement, le traité n'aura pas la valeur du décret qui décide de procéder à la publication, il aura une valeur supérieure à celle des lois *ex* article 55. Le préambule de 1946, quant à lui, n'exige même pas la publication. Nulle trace, en somme, de l'acte de transposition, perçu comme signe distinctif du dualisme constitutionnel. Là est l'essentiel de la, relative, convergence doctrinale.

L'interprétation de l'article 55 est un élément qui doit être replacé dans un contexte théorique plus vaste : le contexte moniste suivant lequel droit international et droit interne sont un seul ordre juridique. Et c'est aujourd'hui la position la plus répandue en France, mais elle ne l'est pas ailleurs – et probablement pas au sein de la société italienne pour le droit international ; mais je n'ai pas d'étude statistique, ni pour l'une ni pour l'autre. Il reste que si l'analyse moniste correspond à une position très fortement répandue en France, elle y suit deux constructions théoriques très différentes. Une première école, parfois jugée « formaliste », reçoit – en simplifiant – l'influence de l'école de Vienne, l'école normativiste de Hans Kelsen. Suivant cette conception, les constitutions nationales sont adoptées sur la base d'une habilitation du droit international, ce qui lui permet de considérer que l'ensemble du système juridique national et international dérive d'une norme hypothétique commune. Même si cette conception n'exclut pas qu'on trahisse ici ou là l'habilitation internationale, elle analyse le droit national comme un ensemble dérivé du droit international – ce qui justifie de la ranger dans la catégorie doctrinale du « monisme à primauté du droit international ». Cette école n'est peut-être pas la plus forte en France, mais elle est certainement présente et prestigieuse. La deuxième école est ce qui reste de l'ancienne « école sociologique française », qui est peut-être plus originale, et certainement moins présente ailleurs. En simplifiant à nouveau, elle revient à considérer, sous l'influence de Léon Duguit, qui puisait à son tour dans la théorie sociologique d'Emile Durkheim, que le droit est un ensemble de normes sociales élaborées par et pour les gens ; tout le droit est fait pour eux. Les « vrais » sujets du droit sont uniquement les êtres humains, personnes physiques ; et il n'y a donc qu'un seul droit, celui qui régit ces personnes

(qu'il soit élaboré dans une société nationale ou dans la société internationale – *i.e.* le « milieu inter-social », suivant le langage ésotérique élaboré par Georges Scelle). Cette doctrine se dote d'une construction théorique complète, avec une présentation originale des « sources » du droit (la doctrine « objectiviste » du droit socialement nécessaire de Duguit). Dans l'élaboration de sa conception de la relation entre droit interne et droit international, la négation de la personnalité morale est l'élément central. La personne morale est considérée comme un artifice (une « fiction ») destiné à organiser la réglementation des êtres humains, qui sont les « vraies » personnes. Selon cette doctrine, le droit ne règle pas réellement le comportement des personnes morales, les sociétés commerciales par exemple, il les utilise simplement comme une technique pour régler le comportement des personnes physiques qui y participent. Il y a une boutade qu'on considère être un peu l'expression de l'école sociologique qui consiste à dire : « je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale ». Évidemment cela laisse supposer toutes sortes de choses, y compris la réplique célèbre : « moi non plus, mais je l'ai souvent vu payer l'addition »[4]. En tout cas, sur cette base, l'Etat lui-même devient un simple artifice pour faire varier les règles relatives à ses sujets. Le droit international et le droit interne règlent le comportement des mêmes personnes physiques et, en cas de contradiction, le droit interne doit céder devant le droit international – l'école sociologique conduit ainsi, elle aussi, au « monisme à primauté du droit international »[5].

La doctrine dualiste reste présente en France, surtout au sein de l'ancienne Faculté de droit de Paris, devenue l'Université Paris II (Panthéon-Assas), mais ces deux monismes se partagent la grande partie du paysage doctrinal. L'adhésion au monisme a également, en France, une dimension idéologique forte, largement assumée en tant que telle. La conception moniste à primauté du droit international est considérée comme la conception d' « ouverture », celle qui est favorable à la « bonne application » du droit international. L'attitude dualiste, qui permettrait en quelque sorte la « maîtrise » du droit international par l'ordre

[4] Si la boutade est attribuée tantôt à Gaston Jèze, tantôt à Léon Duguit (parfois au stade du dîner, d'ailleurs), l'accord se fait pour mettre la réplique à l'actif de Jean-Claude Soyer.

[5] Ainsi, reprenant Duguit, Scelle écrit : « si la qualité de sujet de droit n'appartient pas à tous les individus et ne leur appartient pas uniformément, elle ne peut cependant appartenir *qu'à des individus* » (G. SCELLE, *Précis de droit des gens — Principes et systématique*, vol. I, Paris, 1932, p. 9). C'est sur cette base qu'il conclura : « *Toute norme intersociale prime toute norme interne en contradiction avec elle, la modifie, ou l'abroge ipso facto* » (*ibid.*, p. 31 – italiques originaux)

juridique national est davantage perçue comme une attitude de repli[6]. Avec honnêteté, Hans Kelsen admettait que sa conclusion en faveur du monisme était le résultat d'un « choix » influencé par des considérations « politiques »[7] ; là où l'école sociologique préfère les habits multicolores de la « vérité scientifique ». Il reste que cette vertu du monisme est restée simplement postulée par ses défenseurs. Même ceux qui se réclament de la sociologie et de la prise en compte du « fait politique », se sont soigneusement gardés de toute étude factuelle, notamment statistique, pour déterminer si les Etats de constitution et de tradition dualistes méconnaissent vraiment le droit international plus souvent que ne le font les Etats de constitution et de tradition monistes. A défaut d'une telle étude, le caractère bénéfique, d'« ouverture », prêté au monisme s'est trouvé ainsi protégé par le refus de la vérification dans la réalité-même, politique, qui le fonde. Faute de preuve que le monisme français ou espagnol

[6] La dimension idéologique est particulièrement visible chez ceux qui l'utilisent pour des comparaisons nationales. Ainsi, P. DAILLIER et A. PELLET écrivent-ils en 1999, avant les évolutions jurisprudentielles qui seront discutées plus loin, et à partir du texte de la Constitution de 1946, que la publication du traité est « un acte purement matériel qui n'a d'autre but que d'assurer à l'intention des assujettis la publicité nécessaire du traité, comme de toute norme juridique ». Ils poursuivent alors : « L'introduction du traité dans l'ordre interne est donc automatique et indépendante de tout autre acte juridique. Influencés par les théories de GEORGES SCELLE, les constituants français de 1946 ont institué un système qui se voulait strictement conforme aux conclusions de la thèse moniste ». La comparaison et l'idéologie sont alors dévoilées, mais habilement présentées sous la plume d'un tiers. Voici ce qu'écrivent les deux auteurs : « La doctrine ne s'y trompa point. "Le système français, écrivait le professeur P. DE VISSCHER, constitue à l'heure actuelle le système le plus progressiste et l'on remarquera notamment que la Constitution italienne, si progressiste à d'autres égards, est restée fidèle en matière de traités au procédé classique de la réception spéciale" (…) » (Nguyen Quoc DINH, P. DAILLER, A. PELLET, *Droit international public*, 6ème éd., Paris, 1999, n° 148). Il est piquant de voir comment l'ouverture et le progressisme passent par l'exaltation des vertus prêtées à la constitution de son pays (mais il est vrai que c'est le belge P. De Visscher qui le dit…). S'agissant de l'influence prêtée à Scelle, il faudrait rappeler que si ce dernier est intervenu publiquement dans le débat constitutionnel, c'est d'abord en faveur du maintien de la puissance coloniale par la Constitution de 1946 (*Le Monde*, les 12 et 13 septembre 1946). Mais la dimension ouvertement colonialiste de la construction de GEORGES SCELLE est systématiquement occultée en France (v. cependant, mes observations : « L'inégalité des peuples chez GEORGES SCELLE. Observations critiques sur la théorie colonialiste du droit international objectif », *Grandes pages du droit international*, vol. 4 : *Les espaces*, Paris, 2018, pp. 269-289).

[7] Après avoir longuement hésité, Kelsen se prononce en faveur du monisme par un acte dont il ne dissimule pas la nature, eu égard à « l'étroite connexion qui unit présentement la science juridique et la politique » (H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1926-IV, t. 14, pp. 227-331, spéc. p. 275 ; et cf. *Das Problem der Souveränität un die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, 1920, spéc. p. 123).

conduirait à respecter le droit international mieux que le dualisme allemand, canadien ou britannique, les vertus prêtées au monisme à primauté du droit international sont devenues un postulat indémontrable, et par là-même indiscutable – ce qui en a assuré le succès durable. Sur cette adhésion au monisme, en tout cas, s'arrête la relative unanimité doctrinale, et là s'arrête aussi la part la plus simple de cette présentation.

2. Les limites constitutionnelles : un monisme à primauté du droit national ?

Les difficultés commencent lorsqu'on se tourne vers le rôle spécifique prêté à la Constitution, car il fait apparaître une sorte de rupture doctrinale. En effet, dans un paysage intellectuel relativement uniforme, à première vue, une partie significative de la doctrine, certainement très majoritaire chez les non-internationalistes, considère que du point de vue du droit français la règle supérieure est la règle constitutionnelle. Selon ces auteurs, la Constitution de 1958 doit primer sur le droit international, du point de vue du droit français. Il faut admettre qu'ils ont la caution du Conseil d'Etat. En effet, après avoir imaginé l'improbable hypothèse de la contradiction entre normes internationales dont il serait la victime, ce dernier a rappelé encore récemment son aptitude à la régler « en les interprétant, le cas échéant, au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public » – c'est donc pour protéger le droit international de ses propres contradictions que le juge est « obligé » de lui opposer la parfaite cohérence des règles constitutionnelles et de l'ordre public[8]... Il va sans dire que cette position est en contradiction avec la thèse moniste à primauté du droit international, qui conçoit le droit national comme une partie subordonnée de l'ordre unique. Pourtant, quand il s'agit d'étudier la jurisprudence relative au texte constitutionnel, et d'aller dans les détails du rôle de la Constitution, on ne peut que constater cette rupture doctrinale, et observer que beaucoup d'auteurs, tout particulièrement au sein de la tradition constitutionnaliste et administrativiste, défendent la supériorité de la Constitution sur les traités internationaux. Le paradoxe est que le monisme reste le cadre de pensée le plus diffus, ce qui devrait conduire à penser que monisme à

[8] C.E., ass., 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, req. n° 424216 (le Conseil d'Etat reprend ici l'hypothèse et la solution imaginaires qu'il avait esquissées dans l'affaire *Brito Paiva* : C.E., ass., 23 décembre 2011, *Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303678, *R.F.D.A.*, 2012-1, p. 17, ccl. J. BUCHER, p. 1, avis d'*amicus curiae* G. GUILLAUME, p. 19, note D. ALLAND, p. 26).

primauté du droit interne et monisme à primauté du droit international ne sont pas si opposés qu'on le voudrait – la force publique étant contrôlée par l'ordre étatique, le monisme « réaliste » tourne rapidement à la primauté du droit interne.

Sur le plan pratique, les divergences se focalisent sur deux points.

(i) Une première opposition porte sur le rôle de la publication des traités. L'article 55 de la Constitution confère au traité une autorité supérieure à celle des lois s'il est « régulièrement » ratifié ou approuvé. Or, suivant l'article 53 de la Constitution, pour certaines catégories de traités, la ratification, l'approbation ou l'adhésion doivent être autorisées par le Parlement : ces accords ne peuvent être acceptés par l'exécutif que si le législateur donne préalablement son autorisation. S'il refuse l'autorisation, le traité ne peut pas être accepté, s'il l'accorde, il le peut ; mais que se passe-t-il si le Parlement n'est pas consulté ? C'est l'hypothèse où l'exécutif considèrerait que le traité n'entre dans aucune des catégories pour lesquelles l'autorisation législative est nécessaire, et il exprimerait alors le consentement de la France à être liée par le traité sans recueillir préalablement l'autorisation législative. Traditionnellement, doctrine et jurisprudence étaient d'avis que la publication est uniquement une opération matérielle nécessaire à l'opposabilité du traité. Par conséquent, une fois l'accord international ratifié et publié, il était appliqué par les tribunaux, sans contrôle possible de l'article 53 prévoyant l'autorisation législative – l'exécutif était donc, en définitive, seul juge de son respect. En 1998, une évolution, sinon une rupture, est intervenue avec l'arrêt *Blotzheim* du Conseil d'Etat[9]. Elle est le résultat d'un changement profond : que l'exécutif appréciât de façon autonome la nécessité de l'autorisation législative était devenu inacceptable pour la nouvelle mentalité juridique, qui sanctifie le contrôle juridictionnel (légitimité « technocratique » ?) et méprise l'évaluation exécutive (légitimité « politique » ?). Mais du moment où le juge acceptait de contrôler le respect de l'autorisation législative de l'article 53, il fallait encore qu'il trouvât quelque chose à annuler en cas de non-respect. Or, le traité est un acte international et le juge français, organe d'une partie à l'accord, n'est pas en situation de pouvoir le faire disparaître de l'ordre international, entre les différents Etats parties – dans le cas de l'affaire de *Blotzheim*, relative à la construction de l'aéroport Bâle-Mulhouse, on peut comprendre que la Suisse voit la position du juge français comme la France

[9] CE, ass., 18 décembre 1998, *S.A.R.L. du parc d'activités de Blotzheim et S.C.I. Haselaecker*, n° 181249, *A.J.D.A.*, 1999, p. 180 ; suivi par la Cour de cassation, Cass., Civ. 1, 29 mai 2001, *Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar (Asecna)*, n° 99-16.673, *Bull*. 2001 I, n° 149, p. 97.

verrait celle du juge helvétique… En même temps, si le traité est à l'abri du juge ordinaire, le juge constitutionnel n'est pas mieux armé. Il ne peut pas être saisi de la constitutionnalité du traité sur le fondement de l'article 54 de la Constitution (contrôle *a priori*) car l'accord a déjà été accepté. Et il ne peut pas être saisi de la loi d'autorisation sur le fondement de l'article 61 car, par hypothèse, l'autorisation législative n'a pas été demandée. On pourrait certes imaginer une censure de la « ratification », puisque c'est celle-ci qui doit être « régulièrement » intervenue (aux termes de l'article 55). Mais si une approximation doctrinale conduit parfois à utiliser l'expression « décret de ratification », en réalité, ce dernier n'existe pas, et on le rechercherait vainement au journal officiel de la République française. Le concept de ratification existe certes en droit français, mais il revoie à un acte juridique purement international : une lettre qu'envoie le Président de la République à l'autre partie, ou au dépositaire du traité, en la forme diplomatique. Il n'y a donc aucun acte de droit français ouvert à la censure ; pas même la publication, qui est une opération matérielle – à moins de vouloir retrouver tous les exemplaires du journal officiel pour y effacer le texte du traité publié… et encore effacerait-on la preuve de la publication, mais pas le « méfait ». Il ne reste qu'un acte pouvant être annulé par le juge interne : le décret de publication en tant que décision de publier le traité[10]. Et voici donc l'invention du Conseil d'Etat dans l'affaire *Blotzheim* : si l'exécutif ne demande pas l'autorisation législative en violation de l'article 53 de la Constitution, alors la décision de publier le traité sera illégale, et annulée. Parce qu'il n'a pas été « régulièrement » ratifié au sens de l'article 53, le traité ne sera donc pas considéré comme « légalement » publié (quoique réellement diffusé), et ne bénéficiera pas de l'autorité que l'article 55 de la Constitution confère aux traités « dès leur publication ». Avec cette jurisprudence, la publication n'est plus la simple opération matérielle destinée à permettre l'opposabilité du traité, à laquelle se tenait la doctrine moniste. Une nouvelle volonté nationale apparaît, avec ses conditions de validité spécifiques dictées par le droit interne : la volonté de publier le traité. Certes, on ne peut pas assimiler cet acte de volonté à la transposition dualiste du traité, mais la publication devient bien

[10] On aurait pu imaginer un contrôle de la « décision de ratifier » le traité, distincte de la ratification elle-même, comme le Juge européen contrôle la décision de conclure un traité européen, distincte du traité lui-même (CJCE, 9 août 1994, *République française c. Commission*, C-327/91). Mais cela se serait heurté à la tradition jurisprudentielle qui considère que ces décisions ne sont pas « détachables » de la conduite des relations internationales, et échappent donc à la compétence du juge administratif (cf., en dernier lieu, C.E., ass., 5 octobre 2018, *SARL Super Coiffeur*, n° 408567).

quelque chose de plus de ce qu'elle était auparavant. C'est peut-être un détail technique, mais derrière lui une brèche significative dans la théorie du monisme constitutionnel français[11] – on peut s'en tenir à son évocation.

(iii) Le moment est venu de se tourner vers une question qui semble plus importante en pratique, et l'est certainement en doctrine : les éventuelles limites constitutionnelles à l'application des engagements internationaux. Le Conseil d'Etat, dans l'arrêt *Sarran* de 1998, a considéré que la primauté de l'article 55 de la Constitution vaut pour la loi mais ne vaut pas pour la Constitution[12]. La doctrine, presque unanime, mais avec des exceptions, très habiles d'ailleurs, en a déduit que le Conseil d'Etat consacrait le principe de la supériorité de la Constitution sur les engagements internationaux, et donc la possibilité pour le juge de refuser d'appliquer un traité parce que la Constitution le lui demanderait. Pour préserver la Constitution, en somme, le juge se voit « contraint » de sacrifier le traité international – quoique dans l'unique cas d'école où le juge serait effectivement confronté à un acte administratif destiné à exécuter une règle posée par la Constitution, qui ferait alors « écran » vis-à-vis du traité. On trouve ici une problématique qui a été déjà exposée s'agissant des juridictions italiennes, et qu'on retrouvera certainement pour le cas allemand, car la décision *so lange* de la Cour de Karlsruhe paraît rétrospectivement comme l'initiatrice d'un mouvement jurisprudentiel convergent. Il y là, en somme, un réflexe désormais partagé par différents systèmes juridiques nationaux : l'idée que la Constitution pourrait en quelque sorte « faire écran », et bloquer l'application du droit international. Et c'est un peu la nouvelle vague, moins cinématographique peut-être, mais fortement installée dans la jurisprudence comparée européenne contemporaine.

Les juridictions françaises participent à cette récente tendance à affirmer la maîtrise constitutionnelle de l'application du droit international. A y voir de près, cependant, la tendance paraît relever essentiellement de l'ordre des symboles, de l'affichage. On en trouve des traces devant le Conseil constitutionnel qui découvre des normes et principes relatifs à l'« identité constitutionnelle » de la France – on peut certainement imaginer concept juridique plus clair. Mais le juge constitutionnel y voit simplement la compensation de la présomption de constitutionnalité des

[11] En commentant le « hiatus » des qualifications internationale et nationale qui peut résulter de l'arrêt *Blotzheim*, P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT écrivent : « On retrouve ici, quoique de façon moins voyante, l'inspiration très ouvertement dualiste du discutable arrêt *Sarran* » (op. cit., *supra* note 2, n° 441).

[12] C.E., ass., 30 octobre 1998, *Sarran et alii*, *Rec*. p. 368

lois de transposition des directives : les lois qui se contentent de transposer fidèlement une directive européenne sont réputées conformes à la Constitution, mais « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti » (Déc. n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*). On comprend que, une fois brandie, une telle réserve n'ait jamais été armée.

Si la « limite » constitutionnelle est consacrée par la jurisprudence, elle ne paraît guère dépasser le stade de l'hypothèse. J'ai écrit il y a quelques temps à la *Revue française de droit administratif* que, à ma connaissance, toutes ces réserves de constitutionalité n'ont été vraiment utilisées qu'une seule fois. A ce jour, je le maintiens : je ne connais qu'un seul cas où le juge a vraiment refusé d'appliquer un engagement international au nom d'un principe constitutionnel : l'arrêt *Abliazov* sur l'extradition[13]. Le Conseil d'Etat, en effet, a annulé une décision d'extradition sollicitée par la Russie sans égard à son éventuelle conformité à la Convention européenne d'extradition. Il a donc décidé d'écarter, du moins en apparence, la Convention européenne parce que l'extradition aurait été recherchée par la Russie dans un but politique, ce qui entrerait en contradiction avec la Constitution française qui exclurait, selon le Conseil d'Etat, d'accorder l'extradition lorsqu'elle est recherchée dans un tel but. Cette possibilité avait déjà était énoncée dans le passé dans l'arrêt *Koné* en 1996, mais elle n'avait pas trouvé à s'appliquer[14]. Dans ces conditions, et eu égard aux incertitudes qui accompagnent l'affaire *Abliazov*, il apparaît que les réserves tirées de la Constitution ont une fonction bien plus symbolique que pratique. Elles correspondent à l'idée suivant laquelle l'Etat se renforcerait, en quelque sorte, si ses institutions judiciaires maitrisent l'application du droit international par référence aux éléments de droit interne qu'elles jugeraient essentiels. Du moment où on rattache les limites constitutionnelles (ou d'ordre public) à cette fonction plus générale de maîtrise nationale de

[13] C.E., sect., 9 décembre 2016, *Abliazov*, n° 394399, *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, 2016, p. 2405 ; *Actualité Juridique Pénal*, 2017, p. 94, obs. Otero – à vrai dire, même dans cette affaire, il n'est pas sûr que le principe constitutionnel, certes mis en avant, soit le fondement réel de la décision (cf. mes obs. *Revue Française de Droit Administratif*, 2017, p. 335).

[14] CE, ass., 3 juill. 1996, n° 169219, *Koné*, *Rec.* p. 255 ; *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, 1996, p. 805 (*ibid*., p. 722, chron. D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT) ; *Revue Française de Droit Administratif*, 1996, p. 870, concl. J.-M. DELARUE (*ibid*. p. 882, point de vue L. FAVOREU, p. 885, point de vue P. GAÏA, p. 891, point de vue H. LABAYLE, p. 908, point de vue P. DELVOLVE).

l'application du droit international, elles peuvent alors être rapprochées d'une autre série de décisions, peut-être moins visible mais qui comporte, elle, une grande portée pratique, quotidienne : la jurisprudence relative à l'effet direct. Ici, en considérant que l'engagement international est dépourvu d'effet direct, le juge en écarte les dispositions, et le laisse (réellement) inappliqué. Le résultat pratique est le même : l'obstacle dressé à l'encontre de la bonne exécution des obligations internationales.

3. Persistance du dualisme : de l'affirmation interne à l'effacement extérieur

L'idée suivant laquelle mettre des limites, contrôler l'application du droit international, et lui préférer des principes nationaux serait une affirmation d'un renforcement de l'ordre national et, par là-même, un affermissement de l'Etat n'est ni nouvelle, ni spécifiquement française : elle est aussi fausse que partagée. Opposer son droit interne au droit international est certes une affirmation de force, mais c'est le reflet d'une illusion de puissance : le simulacre de la force est ici, comme souvent ailleurs, une faiblesse.

En effet, si le juge applique le droit international, s'il dit qu'il s'y conforme, il crée une doctrine nationale sur l'application du droit international. Il participe ainsi à l'élaboration d'une idée italienne, française, américaine de ce qu'est le droit international, de son contenu et de la correcte interprétation de ses règles. Cette doctrine pourra être utilisée par l'Etat et, au-delà, elle pourra être discutée ou, plus simplement, être prise en considération, et influencera ainsi le contenu du droit international dans le sens souhaité par la doctrine judiciaire (et non-judiciaire) italienne, française, américaine. En revanche, si on applique des limites nationales ou des principes constitutionnels équivalents comme le font le mouvement jurisprudentiel contemporain et, depuis longtemps déjà, le Conseil d'Etat français, les institutions judiciaires et la doctrine nationales élaboreront une présentation du contenu de l'ordre constitutionnel national, peut-être savante, mais elles renonceront à produire une doctrine nationale de ce que doit être le contenu du droit international. On croit se renforcer en disant « *french law first* » ou « *italian law first* » mais, au bout du compte, on perd sa voix, son influence.

Une illustration pratique bien connue me paraît particulièrement si-

gnificative[15]. Elle se rapporte au rôle de la coutume internationale en droit français. Le Conseil d'Etat français a une position très restrictive vis-à-vis de la coutume internationale. En 1997, dans l'arrêt *Aquarone*, la haute Juridiction était confrontée à l'allégation d'un principe coutumier international dont la France contestait l'existence. C'était la question du statut fiscal des fonctionnaires internationaux à la retraite résidant en France, sur laquelle la position française sera plus tard au cœur de l'arbitrage France-UNESCO[16]. Le Conseil d'Etat esquive alors le différend relatif à l'existence de la règle en considérant que la primauté que la Constitution confère aux traités ne s'étend pas à la coutume[17]. A la suite de cette jurisprudence, le juge administratif a développé une pratique qui consiste à appliquer la coutume internationale sans le dire, notamment lorsque des questions d'immunité se posent devant lui. Il y a bien des décisions du Conseil d'Etat qui se rapportent aux immunités, mais elles ne contiennent aucune affirmation quant au contenu de la coutume internationale[18]. Sous l'angle pratique, lorsque les intérêts des puissances étrangères sont en cause, le Conseil d'Etat semble vouloir faire en sorte que les garanties coutumières soient respectées, ce qui permet peut-être d'éviter les difficultés diplomatiques, mais certainement pas d'élaborer une doctrine française sur les immunités. L'attitude paraît au premier abord « étatiste », car le droit français semble mettre le droit international à distance : « *French law first* ». A l'opposé, la Cour de Cassation française, dans l'arrêt *Kadhafi* de 2001, bien avant son assassinat, s'est exprimée par un considérant à la fois clair et de portée générale : c'est sur le fondement exprès de la « coutume internationale » (et au vu des « principes généraux du droit international »), que la Cour de cassation écarte le code de procédure pénale et met fin aux poursuites dirigées contre Mouammar Kadhafi, en qualité de « chef d'Etat étranger en exercice »[19]. Si l'on transpose à la décision de la Cour de cassation la consi-

[15] Cf. mes obs., « De l'application du droit international à sa parfaite exécution. A propos de la doctrine de l'effet direct », dans *L'internationalisation du droit administratif* (sous la direction de Cossalter et Guglielmi, Paris, 2020, pp. 153-169.

[16] S.A. du 14 janvier 2003, *Régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, France / UNESCO, *Revue Générale de Droit International Public*, 2003, pp. 221-255.

[17] CE, ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, n°148683, *Revue Générale de Droit International Public*, 1997, p. 1053.

[18] C.E., sect., 14 octobre 2011, *Om Hashem Saleh* et alii, n° 329788, *Revue Française de Droit Administratif*, 2012, p. 46 ; C.E., 21 novembre 2012, n° 363982, mes obs. *Revue Française de Droit Administratif*, 2013, p. 421.

[19] Cass. Crim., 13 mars 2001, n° 00-87215, *J.D.I.*, 2002/3, p. 804 (« Vu les principes généraux du droit international ; // Attendu que la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales

dération qui paraîtrait ressortir de la position du Conseil d'Etat, on devrait alors arriver à la conclusion symétrique : la Cour de cassation se soumet au droit international, au lieu d'affirmer la force et la primauté des principes nationaux (« *international law first* »).

Or, l'année qui suivit l'arrêt *Kadhafi*, en 2002, le contenu de la règle internationale sur les immunités fut débattu devant la Cour internationale de Justice dans un litige opposant la Belgique à la République démocratique du Congo. Les conseils des deux Etats en litige, qu'avaient-ils à leur disposition pour prouver le contenu de la règle coutumière internationale ? Ils n'avaient rien en provenance du Conseil d'Etat français, qui refusait d'appliquer la coutume. En revanche, ils disposaient d'une doctrine claire de la Cour de Cassation, exprimée dans l'affaire *Kadhafi*. Et les deux Etats ont donc discuté l'arrêt de la Cour de cassation, ainsi que la décision britannique dans l'affaire *Pinochet*, pour convaincre la Cour internationale de Justice. Et la Cour, dans son arrêt, s'est référée expressément à la position de la Cour de cassation française pour l'élaboration de sa propre conception de la règle internationale relative aux immunités, avec l'*auctoritas* qui s'y attache[20]. Au bout du compte qui a affirmé la place de la France dans les relations internationales ? Qui a incarné une position étatiste ? La Cour de cassation qui s'est pliée au droit international et en a influencé le contenu, ou le Conseil d'Etat qui a « vaillamment résisté » mais qui, du coup, n'a pas influencé la conception internationale des immunités ?

C'est là, je crois, l'enjeu principal que soulève la pratique contemporaine des « résistances » au doit international par le jeu des « limites » et autres « réserves » constitutionnelles, ou d'ordre public, etc... Il n'est peut-être pas entièrement juridique, je le veux bien. Cette volonté contemporaine de relativiser le droit international, et de l'écarter parfois, pourrait néanmoins être analysée sous un angle juridique internationaliste. Du point de vue du droit international, l'Etat doit respecter ses engagements, et il ne pourra pas invoquer son droit interne, même constitutionnel, pour justifier l'inexécution de ses obligations internationales[21].

contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger »). Et cf. mes obs. « Coutume internationale et juge national : qui peut quoi ? A propos de l'immunité du chef d'Etat étranger dans l'affaire *Kadhafi* », *Journal de Droit International*, 2002, p. 805.

[20] CIJ, 14 février 2002, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, République démocratique du Congo c. Belgique, spéc. §§ 56-58.

[21] V. *inter alia*, sent. arbitrale du 25 juillet 1875, *aff. du Montijo*, Colombie / États-Unis d'Amérique, J.-B. MOORE, *History and Digest of the international arbitrations to which the United States has been a party*, Washington, 1898, pp. 1421-1447 ; et cf. CJCE, 6 mai 1980, n° 102/79, *Commission c/ Belgique*, pt. 10.

Les engagements qu'il souscrit impliquent le devoir de ne pas leur opposer des limites de droit interne ; surtout dans l'optique dualiste pour laquelle les lois internes sont de « simples faits »[22]. Mais si le cadre analytique de la doctrine dualiste garde toute sa pertinence, la vraie question qui se joue dans ces affaires est d'un tout autre ordre, et relève de la politique juridique. Or, je crois que le mouvement jurisprudentiel contemporain en faveur des limites constitutionnelles est basé sur une incompréhension de fond, qui conduit à une erreur stratégique. Le juge national se met face à un dilemme : il entend refuser l'application du droit international et applique donc son droit interne, mais il renonce ainsi à influencer le contenu du droit international. Or, inévitablement, un jour ce droit international élaboré sans lui sera appliqué à son Etat – et le juge finira d'ailleurs par accepter des règles qui ont été formées sans son concours. Il me semble que, passée la satisfaction instantanée du moment, qui consiste à dire « j'ai résisté », sur la durée, renoncer à influencer c'est subir entièrement des obligations et une pratique internationale qui continueront d'exister malgré les réticences affichées. C'est mon avis, je remercie la S*ocietà italiana di diritto internazionale* de m'avoir donné l'occasion de l'exprimer devant les dépositaires d'une si prestigieuse tradition internationaliste.

[22] « Au regard du droit international (…), les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives » (C.P.J.I., 25 mai 1926, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, Allemagne c. Pologne, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 7, pp. 4-42, spéc. p. 19).

RELEVANCE AND PRIMACY OF EU LAW IN THE GERMAN LEGAL ORDER: LEGAL THEORIES AND CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

Andreas PAULUS

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The Concept of Open Statehood. – 3. Sovereignty and International Integration. – 4. Article 24(1) Basic Law: From Delegation to Integration. – 5. International and European Integration: From Unity via Divergence to Convergence? – 6. Procedural Limits. – 7. The Exception: Constitutional Identity and Domestic Disengagement From Treaties. – 8. Conclusion.

1. Introduction

Most European constitutions have, similarly to the German *Grundgesetz* and its interpretation by the Federal Constitutional Court, an open or "friendly" attitude towards international integration and international treaties. In Germany, we speak of the concept of "open statehood" and the "friendliness" towards international and European law[1].

The constitutional openness for international integration rests on distinct provisions on supranational engagement going beyond regular treaty law. Thereby, the Basic Law seeks to overcome the supposed dichotomies between state sovereignty and international integration and be-

* This presentation is based on A. PAULUS, J.-H. HINSELMANN, "International Integration and its Counter-Limits: A German Constitutional Perspective", in *Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* (Bradley ed.), Oxford UP, 2019, pp. 411-430 f). I thank MR HINSELMANN for his permitting me to use the text for this presentation. The text does not engage the Federal Constitutional Court in any way and reflects my personal views only.

[1] Initially coined by KLAUS VOGEL, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, Tübingen, 1964, pp. 42-44. See also UDO DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, Tübingen, 1998. Compare the recent decision of the German Federal Constitutional Court, ECLI:DE:BVerfG: 2018:rs20180724.2bvr196109 – European Schools, [2018] § 28. For translation of selected judgments since 1998, see http://www.bundesverfassungsgericht.de/en. The sole authoritative versions are the German originals.

tween national democracy and international legality. Further, the Basic Law distinguishes European from classical international integration. In both instances, the German Bundestag increasingly claims the status as coequal branch. Parliament also has the power to unilaterally modify the domestic effect of treaties, albeit within constitutional limits. Yet, disengagement comes at the price of incurring international responsibility. In line with the principle of mutual respect, the Federal Constitutional Court has developed three doctrinal devices, so-called counter-limits in the terminology inspired from the Italian Constitutional Court[2], to the bindingness of international treaties and the integration in international institutions, namely, the effective protection of human rights (Solange), constitutional control of ultra vires acts, and the absolute protection of constitutional identity. In this way, the constitutional judiciary buttresses the concept of Open Statehood by reconciling at times diverging interests of national democracy and international integration.

2. The Concept of Open Statehood

The integration-friendly normative environment under the German Basic Law is commonly conceptualized as "Open Statehood" (*Offene Staatlichkeit*). Open Statehood manifests an early constitutional recognition of international interdependence. The framers of the Basic Law made a conscious decision in 1949 to mandate international engagement. Whereas such constitutional readiness to international engagement finds some of its roots in concepts of the interwar period, much of the Basic Law is to be viewed as an antithesis to the totalitarian abyss of the following time[3].

[2] The term "counter-limits" stems from P. BARILE, "Ancora su diritto comunitario e diritto interno", in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. 6, Firenze, 1969, p. 49, cited by G. MARTINICO, "Is the European Convention Going to be 'Supreme'?: A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law Before National Courts", in *European Journal of International Law* 2012(23), p. 401. Cf. FRONTINI, Sentenza 183/1973 (ECLI:IT:COST:1973:183), para. 9. For a controversial example regarding public international law *see* Sentenza 238/2014 (ECLI:IT:COST:1973:238), holding that the Italian constitution demanded access to Italian Courts to parties requesting reparation for violation of basic fundamental rights, Italian obligations under Art. 94 § 1 UN Charter to comply with the judgement of the International Court of Justice notwithstanding, cf. ICJ, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99. Cf. also Taricco II, Sentenza 115/2018 (ECLI:IT:COST:2018:115), § 4, § 15.

[3] 124 Decisions of the German Federal Constitutional Court [hereinafter BVerfGE] 300—Wunsiedel [2009], headnote 1, §§ 64-65.

Besides idealistic recalibration, Open Statehood also manifests practical considerations. International integration provided the natural escape for an occupied and morally as much as financially bankrupt state, which, as an enemy state, had been side-lined by the newly institutionalized international community. Open Statehood promised an end to occupation and the integration into the Western world (*Westbindung*) as well as a perspective to end the German division into two states in opposed military alliances. Likewise, international law promised to serve as a means of recovery through economic integration.

As a doctrinal concept, Open Statehood is not explicitly mentioned within the Basic Law. Yet, constitutional jurisprudence developed from it other relevant doctrines, most prominently the friendliness toward international law (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) and the friendliness toward European law (*Europarechtsfreundlichkeit*)[4], which serve as interpretative rules to avoid collision between international and domestic law. Ultimately, Open Statehood requires taking into account international law to the extent that it supersedes, reshapes, or influences the interpretation and application of the Basic Law.

3. Sovereignty and International Integration

Open Statehood seeks to overcome the supposed dichotomy between state sovereignty and international integration. To fulfil the constitutional mandate for international cooperation and European integration, the Basic Law partially renounces the claim to the exclusivity of national self-government. Open Statehood in that way prominently allowed Germany, as the strongest European economy, to take an active part in the establishment of the European (Economic) Community. It shows how the "pooling" of domestic resources may result not in a loss, but in a (re-)gain of democratic decision-making power over the (economic) forces of globalization. Law provides the means as well as the limits of such functional "Integration Through Law"[5].

Scepticism persists, however. In its judgments regarding the Maastricht and Lisbon treaties establishing the European Union, the Federal

[4] The German terms "Völkerrechts" and "Europarechts*freundlichkeit*" are often translated as "openness" toward international or European law. However, this translation comes at the cost of obscuring the distinctly sympathetic undertone of the term "friendliness".

[5] *Cf.* M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J.H. WEILER, *Europe and the American Federal Experience*, New York, 1986.

Constitutional Court rejected the idea of a complete transfer of domestic democracy onto a supranational body, in spite of the common value system embraced by the Union, because it lacked the required democratic legitimacy, in particular a common public opinion[6]. Even critics of this jurisprudence[7] will agree that the mere establishment of a supranational parliament alone does not suffice for multilevel democracy, and that deliberation is a component of, but not a substitute for, democratic *decision*-making[8].

However, the supposed choice between national democracy and international legality establishes a false dichotomy. Hardly any constitution admits of the direct applicability of international norms without a process of legislative and/or executive review. Rather, in most countries, important agreements, in particular multilateral, quasi law-making treaties, require the consent of both the executive and legislative branches—as is the case with Germany with regard to so-called highly political treaties as well as treaties with direct applicability in the domestic legal system (Art. 59(2) Basic Law)[9]. It is the domestic legal order that ultimately determines if international commitments are undertaken and how they are implemented.

Regulation by international institutions thus appears acceptable to democratic states when it meets at least two conditions: representation and subsidiarity[10]. In general, contemporary international law and institutions fulfil these criteria, the latter being more problematic than the former. It appears as true as ever that international engagement is an expression of and not a contradiction to sovereignty[11]. However, subsidiarity often lies in the eye of the beholder. It is difficult to implement against the political will of the executive branch and tends to exclude the legisla-

[6] 89 BVerfGE 155—Maastricht/Brunner, in [1994] 1 CMLR 57, §§ 41-45; 123 BVerfGE 267—Lisbon Treaty [2009], § 251.

[7] *See* J.H. WEILER, Constitution of Europe, Harvard UP, 1999, p. 345; *cf.* S. BESSON, "Institutionalizing Global Demoi-cracy", in *International Law, Justice and Legitimacy* (L.H. MEYER ed.), London/New York, 2009, p. 58 (embracing a pluralist theory of multiple *demoi*).

[8] BVerfG, Lisbon Treaty, *supra* note 6, § 272.

[9] For further analysis, see S. KADELBACH, "International Treaties and the German Constitution", in *Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* op. cit., p. 173.

[10] A.L. PAULUS, "Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law?", in *The Shifting Allocation of Authority in International Law* (T. BROUDE, Y. SHANY eds.), Oxford, 2008, pp. 193-213.

[11] PCIJ, *The SS Wimbledon, United Kingdom v. Germany*, [1923] *PCIJ Series A no. 1*, ICGJ 235, at 25.

ture and substate entities[12]. Disobedience is thus far too often the real control that member states—and occasionally regional courts—exercise with regard to international regulation that they deem beyond the transferred powers or simply materially or politically too costly.

4. Article 24(1) Basic Law: From Delegation to Integration

The basic provision of the Basic Law regulating the engagement with international institutions is found in its Article 24(1). Its genesis was inspired by the French as well as the Italian constitutions of the time[13], and the provision eventually was labelled, in more figurative fashion, as "lever of integration" (*Integrationshebel*)[14], or simply as "hinge provision" (*Scharniernorm*)[15]. What distinguishes treaties under Article 24(1) from those exclusively based on the treaty-making provision of Article 59[16] is that Article 24(1) allows for the integration of secondary laws, subsequently made by the international body, into the domestic legal sphere. Integration thus goes considerably beyond the mere incorporation of self-executing treaties where only the provisions of the treaty itself are directly applied within domestic law[17].

The text of Article 24(1) Basic Law provides: "The Federation may

[12] Thus, in the European Union, the principles of "conferral" (e.g., enumerated powers) and subsidiarity are enshrined in Article 5(1) TEU but difficult to implement partly because their judicial control is entrusted to a Court (Article 19 TEU) that regards itself as a pillar of the Union rather than an institution balancing community and member States rights. For the ECHR, compare the theory of the domestic "margin of appreciation." CETS 213—Convention for the Protection of Human Rights (Protocol No. 15), 24.VI.2013, art. 1.

[13] Section 15 of the 1946 Preamble of the French Constitution; Article 11 of the Italian Constitution. Other European constitutions contain similar provisions, see *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, II (A. VON BOGDANDY *et al.* eds.), MPIL, 2008, Chapters 14-26. For further analysis, see M. WENDEL, *Permeabilität im Europäischen Verfassungsrecht*, Tübingen, 2011, pp. 144-164.

[14] H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, p. 58.

[15] For further analysis of both the domestic and international "opening clauses", see A.L. PAULUS, "Zusammenspiel der Rechtsquellen aus völkerrechtlicher Perspektive", in *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht, Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen - Immunität*, Heidelberg, 2014, [including English summary], p. 46.

[16] For further analysis, see S. KADELBACH, *supra* note 9.

[17] Note how the ambit of Article 24(1) thus excludes, for instance, the kind of "transnational organizations" with *de facto*, but not *de jure*, impact (ISO, IEC, ISAB, ICANN, etc.) referred to by P. CRAIG, *Engagement and Disengagement with International Institutions: The U.K. Perspective*, in *Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* cit., Chapter 22.

by a law transfer sovereign powers to international organizations"[18]. This provision is susceptible to specification through state practice and legal doctrine. In the first place, Article 24(1) grants German public authority wide discretion as to whether or not to engage with an international institution, on the timing and the scope of its engagement, as well as on its participation in the decision-making process of the receiving organization[19]. For "delegation," Article 24(1)uses the language of "*trans*fer" of sovereign powers to international institutions (*übertragen*). This term must not be understood in a literal sense, but is rather to be interpreted as "to *con*fer," in the sense that the member states jointly establish a new organization with its own powers and competences with direct effect in the domestic legal order[20].

Delegating sovereign rights under the Basic Law, as a specific form of international engagement, is most aptly understood as a process that is procedurally uniform, but materially multipart: The first part of that process establishes the international institution with corresponding authoritative competences. The second part consists in the "opening" of the German legal order to the regulatory acts of the institution, allowing them to have direct effect. Correspondingly, the Federal Constitutional Court understands the delegation less as a transfer of jurisdiction but rather as the suspension of the state's claim to regulatory exclusivity within the ambit of the Constitution, in order to give way to the direct effect of regulations issued by the international institution[21].

Figuratively speaking, Article 24(1) extends constitutional consent to opening the "armour of sovereignty"[22] to international regulation. In that sense, delegation of national competencies presents itself as *integration* of supranational regulation based on *conferred* competences. This result fits in the overarching concept of Open Statehood. Open Statehood signals readiness to international engagement, it issues a standing invitation, it holds an option, and it expresses an intention, but it does not completely subordinate the German legal order to international law. Rather, it makes a reservation to domestically control the scope of its binding effect[23].

[18] Original: "Der *Bund* kann durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen".

[19] 58 BVerfGE 1, 28—Eurocontrol I [1981], summary in English language in *Common Market Law Review*, 1983 (20), pp. 87-95.

[20] *Cf.* Article 1(1) TEU. For a comprehensive analysis of similar European constitutional conceptions, see M. WENDEL, cit. *supra* note 13 at pp. 163-196.

[21] 37 BVerfGE 271—Solange I [1974], § 26.

[22] A. BLECKMANN, "Zur Funktion des Art. 24 Abs. 1 Grundgesetz", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1975 (35), pp. 79, 81.

[23] 141 BVerfGE 1—Treaty Override [2016], § 69.

Such doctrinal construction allows the exercise of non-German legal authority to be held against the yardstick of the German legal order (see discussion in paragraph 7 below), and allows for the attachment of conditions to the recognition of the direct effect of international regulation. Absent permission, the domestic legal order "snaps back" into the default mode reclaiming regulatory exclusivity. In that way, the inherent tension between retaining sovereignty and enabling international regulation can be moderated.

5. International and European Integration: From Unity via Divergence to Convergence?

The Basic Law contains a two-tiered structure when it comes to engagement with international institutions, depending on whether engagement occurs with genuinely international institutions (Art. 24(1)) or with the European Union (Art. 23). Both provisions apply to instances of supranational institutions. But Article 23 (the "Europe-Article"), introduced together with the approval of the Maastricht treaty in 1992, applies as *lex specialis* to Article 24(1) in all matters pertaining to the European Union, including those not formally part of its legal regime[24]. Article 23 has built on Article 24 but also contains both substantial limits to integration and provisions for the participation of the national legislature and the Federal Council composed of representatives of the federal units, the *Länder*, in decision-making on the European level, thus modifying the traditional executive prerogative in international affairs.

By constitutionalizing the goal of a united Europe, Article 23 has, at least in principle, also approved of the specific integrating features of European law that makes it a legal order of special characteristics, namely, its supremacy[25] (rather, in the language of the German Federal Constitutional Court, precedence)[26] and its direct effect[27]. Direct effect means that European primary and secondary law needs implementing legislation only if it explicitly says so (as in the directives, Art. 288, sub

[24] 135 BVerfGE 317—European Stability Mechanism (Judgment) [2014], § 232.

[25] Case 6/64 Costa v. ENEL [1964] ECR 1251; Case 11/70 Internationale Handelsgesellschaft [1970] ECR 1125; Case 106/77 *Simmenthal* [1978] ECR 629; Declaration No. 17 to the Lisbon Treaty, OJ C 115, 9 May 2008, pp. 344-344.

[26] *Cf.* P.M. HUBER, A.L. PAULUS, "Cooperation of Constitutional Courts in Europe", in *Courts and Comparative Law* (M. ANDENÆS, D. FAIRGRIEVE eds.), Oxford UP, 2015, p. 281, pp. 286-287.

[27] *Cf.* European Court of Justice, Case 26/62 van Gend & Loos [1963].

paragraph 3, Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)), turning the exception in international law into a rule; precedence renders contrary national law, including constitutional law, not invalid, but *inapplicable*[28], albeit only within the EU sphere of competences.

In principle, the substantive and procedural safeguards of parliamentary democracy and federalism contained in Article 23, in particular the requirement of a two-thirds majority for the transfer of most if not all competences, are not limited to European integration. Indeed, the German Federal Constitutional Court has extended its application to the European Stability Mechanism (ESM) in spite of its basis in an international treaty separate from EU law[29]. Those international institutions exhibit a great institutional and material proximity to the European Union and its normative framework. This legal grey zone is referred to as (intergovernmental) European International Law[30], as opposed to regular (supranational) EU law.

Drawing on considerations of "essentiality", the Basic Law also addresses the general problem of predictability of dynamics of international institutions. The original conception of an international treaty as intended by its parties – and also the legislator when consenting to its ratification or approval under Article 24(1) – gives way to new secondary acts often not contemplated at the origins. Taking up a term coined by Georg Ress, this constellation is commonly referred to as "treaty on wheels" (*Vertrag auf Rädern*)[31]. The legislature can only wave in the train station at the founding. Thus, the requirement of legislative consent merely to the founding treaty often proves ineffective in limiting the future institutional practice of international organizations. Hence, with regard to the European Union, the Federal Constitutional Court has established the "responsibility for integration" that is shared among all branches of government[32], and the following case law emphasizes the need for parlia-

[28] 129 BVerfGE 78—Le Corbusier [2011], § 81; 126 BVerfGE 286—Honeywell [2010], §§ 53-55; BVerfG, Lisbon Treaty, *supra* note 6, §§ 335-339 ("primacy of application").

[29] 132 BVerfGE 195—European Stability Mechanism (Preliminary Reference) [2012], § 182. In the long run, both institutions are to be integrated into European Union law. *Cf.* Art. 16 of the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union [2012].

[30] C. CALLIESS, Art. 24 Abs. 1, in *Grundgesetz-Kommentar* (Th. Maunz, G. Dürig eds.), Munich, 2018, § 216.

[31] G. RESS, "Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge", in *Festschrift Zeidler* vol. 2, Berlin, 1987, p. 1779.

[32] BVerfG, Lisbon Treaty, *supra* note 6, §§ 236-251 (headnotes 2 lit. a, 2 lit. b). In case of the United Kingdom, the European Union Act 2011 served similar functions. For further analysis, see P. CRAIG, cit. *supra* note 17.

mentary approval in particular with regard to huge monetary and financial decisions by EU organs, in particular in the framework of the European Monetary Union[33].

Responsibility for integration is – inter alia[34] – meant to ensure an appropriate role for parliament in the domestic process of developing the program of integration against the backdrop of prevailing executive lawmaking (*Exekutivföderalismus*). The Court has gone on to emphasize another dimension of responsibility for integration, according to which the legislature, if need be, must be enabled to exercise effective control over the limits of whatever program of integration it initially approved[35].

6. Procedural Limits

Article 24(1) of the Basic Law requires an ordinary federal statute (*durch Gesetz*). Such delegating act (*Übertragungsgesetz*) has to be one of parliament itself. The article does not contain further procedural requirements. But the delegating act refers to an international commitment in the form of an international treaty, and that delegation must sufficiently specify the competences to be conferred[36]. If this is not the case, Germany must reserve a power of veto, and the vote of the German member in the international body must follow parliamentary guidance[37].

In effect, formal delegation of competences onto an international institution amounts not to a formal but to a material amendment of the constitutional order[38]. Such assumption bears the risk of creating a significant procedural hurdle for integration, because constitutional amendments require a two-thirds majority in not only the *Bundestag* but also in the Federal Council representing the *Länder* in the federation, the *Bundesrat*[39]. Constitutional practice sticks closely to the text of Article

[33] BVerfG, European Stability Mechanism (Judgment), *supra* note 24, §§ 159-160, 165, 194-212, 223-242; 142 BVerfGE 123—OMT (Judgment) [2016], §§ 163-173.

[34] For the "positive" dimensions of the responsibility for integration regarding the cooperation ("Mitwirkung") provided for in Art. 23 § 1, see, recently, BVerfG, Decision of 6 Nov. 2019 – 1 BvR 16/13–Right to be forgotten, §§ 53 et seq.

[35] BVerfG, OMT (Judgment), *supra* note 33, § 165.

[36] 68 BVerfGE 1 - Pershing II [1984], §§ 98–100; BVerfGE, Maastricht/Brunner, cit. *supra* note 6,§§ 52, 71.

[37] BVerfG, Lisbon Treaty, cit. *supra* note 6, § 320 (in the context of the European Union).

[38] Amendment is assumed because of derogation from the constitutional division of competences. *See* BVerfG, Eurocontrol I, cit. *supra* note 19, at p. 36.

[39] Art. 79(2) Basic Law.

24(1), ultimately allowing for greater political flexibility, the precise limits of which are controversial[40]. The parallelism to Article 23(1), sentence 3 militates for the requirement of a constitutional amendment for every transfer of competences, albeit without some of the usual requirements such as the explicit citation of the affected constitutional rights. Others regard Article 24(1) as enabling a conferral by regular statutory law[41]. Those core constitutional principles set out by Articles 79(3) and 23(1), which are not subject to revision, e.g., human dignity, democracy, the rule of law, subsidiarity, and federalism, also constitute an absolute bar to contrary international obligations. But note that these categories are broad, and leave thus much leeway for interpretation.

7. The Exception: Constitutional Identity and Domestic Disengagement From Treaties

Thus, international law only rarely permits unilateral treaty termination. The question arises whether and to what extent domestic law will, in exceptional circumstances, allow for the non-implementation of international obligations, in particular in cases involving constitutional identity.

a. Legislative Non-Compliance and Its Limits

Regardless of whether parliament *must* be involved in cases of disengagement, parliament still *may* domestically override international treaty obligations by new legislation (*lex posterior*). Article 59(2) GG, by requiring that parliament agrees to the ratification of treaties of a political or legislative (self-executing) character by legislation, leads in turn to a legislative rank of the treaty in domestic law.[42] The enactment of ordinary federal statutes derogating from prior international legal commitments are not held per se unconstitutional, at least in the rather specif-

[40] For critique, see F. SCHORKOPF, *Staatsrecht der internationalen Beziehungen*, § 2, München, 2017, §§ 147-149.

[41] G. ERLER, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 1960(18), p. 7 at p. 19; see K. VOGEL, cit. *supra* note 1, at p. 5-7; C. Tomuschat, Art. 24, in *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (W. Kahl *et al.* eds.), Heidelberg, 2018, § 34.

[42] The Court has emphasized for a long time that such a derogation from international treaty commitments cannot be implied, but must be explicit, 74 BVerfGE 358 - Presumption of Innocence [1987], § 35, confirmed in 128 BVerfGE 326 - Preventive Detention [2011], § 82; BVerfG, Treaty Override, *supra* note 23, § 58.

ic case of international double taxation agreements.[43] The corresponding debate revolves around the collision of two major constitutional principles: rule of law versus democracy. The principle of democracy demands that subsequent legislatures must have the power to revise, within the limits set by the Basic Law, legislative acts enacted by previous parliaments. Thus far democracy prevails over the international legal obligations.

However, the openness of the Constitution toward international law and the principle of the *Rechtsstaat* or the rule of law point in the opposite direction. For this openness requires public authorities, first, to comply with international legal obligations binding upon the Federal Republic. Second, the federal legislature must guarantee that respective violations are rectified. Third, public authorities are obliged to advance compliance with international obligations, including by other states[44]. But the *Rechtsstaat* principle also demands legal certainty, which would be ill-served by the balancing test proposed by the dissent in the Treaty Override decision[45]. Furthermore, denying the legislature the power to modify the domestic effect of treaties would run counter to the Basic Law's separation of powers[46].

Rather, another solution to the tension between international law and domestic democracy suggests itself: according to international law, the domestic separation of powers does not absolve a nation from fulfilling its treaty commitments (Art. 46 Vienna Convention on the Law of Treaties). Thus, parliament can deny direct effect to a treaty provision by passing a law contrary to Germany's international commitments. But it then also bears responsibility for the ensuing international responsibility of the State if such internal disobedience cannot be rectified internationally through treaty interpretation, amendment, or abrogation. Disengagement comes at a price.

In addition, Article 1(2) GG recognizes "inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world." This avowal stands in direct connection to Article 1(1) with its guarantee of the inviolability of human dignity. Though its exact reach remains subject to debate, Article 1(2) echoes the 1948 Universal Declaration of Human Rights that was on the minds of the original draft-

[43] BVerfG, Treaty Override, *supra* note 23, § 74.

[44] 112 BVerfGE 1 - Land Reform III [2004], §§ 88 et seq.

[45] 141 BVerfGE 141, 1 (44) - Treaty Override (D. König, dissenting opinion) [2015], §§ 2 et seq.

[46] BVerfG - Treaty Override, *supra* note 23, § 54.

ers[47] and also the 1950 European Convention on Human Rights (ECHR). The constitution thus distinguishes between different international norms and levels of commitment. Where the Basic Law itself requires adherence to international rules as in the case of some human rights treaties[48], ordinary federal legislation will not suffice for disengagement or non-implementation[49].

b. Disengagement by Judicial Means: Solange*,* ultra vires*, and constitutional identity*

Following the Italian example[50], European and national constitutional and supreme courts, which may be conceived of as an informal European association of constitutional courts (*europäischer Verfassungsgerichtsverbund*)[51], have developed three specific "counter-limits" to tackle a lack of democratic legitimization of supranational decisions: the existence of an effective human rights protection (Solange), the disregard of extreme acts beyond the delegated powers (*ultra vires*) and the protection of constitutional identity.

Constitutional jurisprudence on Article 24(1) developed the first counter-limit, namely that a supranational institution (in this context: the European Union) must ensure effective human rights protection equivalent to that under the German Basic Law. "So long as" the international institution lives up to this constitutional expectation, the Federal Constitutional Court is willing to abstain from judicial review of respective secondary laws.

A legal order of integration can exist next to the domestic legal order only if both stay within the limits of their respective scope of jurisdiction. The conferral of powers to an international organization or institution is prescribed by the jurisdictional clauses of the treaty. The limit

[47] DR. VON MANGOLDT, in 5/II E. PIKARD, W. WERNER, *Der Parlamentarische Rat 1948–1949: Ausschuss für Grundsatzfragen*, Boppard (am Rhein), 1993, pp. 592, 596, 599.

[48] But see BVerfG, Judgment of the Second Senate of 24 July 2018 - 2 BvR 309/15 - § 90, http://www.bverfg.de/e/rs20180724_2bvr030915en.html - Fixation (mere statutory rank of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities).

[49] *Cf.* BVerfG, Treaty Override, *supra* note 23, § 76.

[50] *Cf.* P. BARILE, *supra* note 2.

[51] A. VOßKUHLE, "Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts - Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund", in *European Constitutional Law Review* 2010(6), p. 175. See also the Conference of European Constitutional Courts, General Report of the XVIth Conference, in *Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa* (Verfassungsgerichtshof ed., 2015).

of acceptance, Open Statehood notwithstanding, is reached when an international institution acts beyond these competences or powers conferred on it, in other words when it acts *ultra vires*. A judicial finding of an act to be *ultra vires* can lead to disengagement in the forms of divergence and denial of implementation[52]. The Federal Constitutional Court does not consider this domestic reservation to be a violation of Article 19 TEU, which gives the task of interpretation and application of the European treaties to the Court of Justice of the European Union. Rather "ultra vires acts of institutions, bodies, offices and agencies of the European Union violate the European integration agenda laid down in the Act of Approval … and thus also the principle of sovereignty of the people …. The ultra vires review aims to protect against such violations of the law"[53]. The European law principle of conferral (or enumerated powers) is thus partly under the control of domestic courts, albeit only with regard to the general program of integration, not in every detail[54].

The counter-limit of *ultra vires* control is activated only in instances of qualified transgression: "Ultra vires review … is contingent on the act of the authority of the European Union being manifestly in breach of competences and the impugned act leading to a structurally significant shift to the detriment of the Member States in the structure of competences."[55] In addition, before declaring an act of the European Union *ultra vires*, the Federal Constitutional Court will engage the underlying legal question in a preliminary reference to the Court of Justice of the European Union pursuant to Article 267 TFEU[56]. Thus, the Court of Justice will always have the possibility of self-correction. Before any action, a dialogue between the national and the European Court takes place.

The third counter-limit, namely constitutional identity, is the most difficult one. It demands not only a system of human rights protection but also the substantive respect of core constitutional provisions of member states. In Article 79(3) GG, the constitution itself determines those core principles, and Article 23(1) provides for their applicability to acts conferring competences to the European Union. Or, this explicit Basic Law provision is very sweeping: it includes principles as broad as human dignity, democracy, and rule of law. In Article 4 TEU, the Treaty

[52] BVerfG–OMT (Judgment), *supra* note 33, headnote 1, § 143.
[53] *Id.*, headnote 2.
[54] BVerfG, Honeywell*, supra* note 28.
[55] *Id*., headnote 1; recently confirmed in BVerfG, OMT (Judgment), *supra* note 33, §§ 148–154.
[56] BVerfG, Honeywell, *supra* note 28, headnote 1 lit. b.

on European Union seems to recognize this to a certain extent, but its protection of constitutional identity is subject to a proportionality test and does apparently not recognize an intransgressible core of domestic competencies[57]. Reliance on constitutional identity for non-application or termination of a treaty runs however contrary to the international law principle according to which domestic law cannot be invoked against international treaties if its violation is not manifest (cf. Art. 46 Vienna Convention on the Law of Treaties).

Thus, identity control must be exercised with great care. A decent interpretation of state consent will normally preclude a successful invocation of constitutional identity. This also cautions against too sweeping a use of constitutional identity to deny application of international commitments. Interestingly, the German Constitutional Court that invented this "brake" has never used it to invalidate a judgment or a provision of secondary law under a treaty of integration, let alone a provision of a treaty itself[58].

8. Conclusion

While a domestic court cannot be expected to abandon the core provisions of its constitutional system, unless there is a compelling reason to do so, the core problem is to decide how much mutual respect is tenable and at what point disengagement becomes unavoidable. The judicial key is to avoid respective incompatibilities in the first place by means of a sensible interpretation and application of one's own law as well as the law of the integrated legal system. In the post-millennium pluralist world of multiple legal systems, international and domestic judges need to demonstrate an equivalent degree of sensitivity towards each other to avoid conflicting obligations for officials and citizens alike. In the end, rule of law and democracy must go hand-in-hand, domestically as well as internationally.

[57] *Cf.* 134 BVerfG 36–OMT (Preliminary Reference), § 29.

[58] *Id.:* national identity in Art. 4 TEU goes far beyond constitutional identity in the sense of the Grundgesetz.

PARTE SECONDA

L'APPLICAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO DA PARTE DEL GIUDICE NAZIONALE

Presidenza

Guido Raimondi

L'EFFETTO DIRETTO DELLE DISPOSIZIONI INTERNAZIONALI *SELF-EXECUTING**

Roberto BARATTA**

SOMMARIO: 1. Categorie concettuali e delimitazione del tema. – 2. Individualità e completezza quali categorie «a cerchi» che qualificano la nozione di effetto diretto. Le tre componenti diacroniche del meccanismo di approssimazione all'accertamento dell'effetto diretto. – 3. (*Segue*): l'identificazione delle regole che presiedono all'interpretazione della disposizione normativa internazionale. – 4. (*Segue*): il requisito, proprio di un'accezione volontaristico-oggettiva, dell'idoneità della disposizione a disciplinare situazioni giuridiche individuali. – 5. (*Segue*): la completezza della disposizione e il ruolo complementare del diritto interno. – 6. L'operazione argomentativa sottostante all'accertamento dell'efficacia diretta quale strumento volto a garantire alla disposizione internazionale il massimo effetto utile. – 7. La questione del primato della norma internazionale produttiva di effetto diretto sul diritto interno incompatibile. – 8. Riflessioni ricostruttive e conclusive: l'effetto diretto quale «categoria ordinante» del diritto.

1. Categorie concettuali e delimitazione del tema

La disposizione internazionale possiede una vocazione naturale ad essere applicata nell'ordinamento statale quando essa non riguardi soltanto condotte intergovernative, ma si rivolga alla sfera delle persone, dell'individuo, delle imprese. I trattati sui diritti umani ne sono un esempio evidente[1]. In una prospettiva dualista – *recte* pluralista – dei rapporti tra ordinamenti, affinché la disposizione internazionale si traduca in norma concreta applicata ai singoli, si pone certamente *in limine* un problema di recepimento. Si può peraltro supporre che essa sia stata *ex ante* oggetto di misure di adattamento e che il rango così ricevuto le permetta di essere applicata e di prevalere sul diritto interno difforme. Il tema oggetto di analisi risulta quindi definito nel senso che la disposizione inter-

* Il presente testo, integrato con alcune note, è pubblicato nella *Rivista di diritto internazionale*, 2020, p. 4 ss.

** Professore ordinario di Diritto internazionale, Università di Macerata.

[1] Cfr. F. SALERNO, *Diritto internazionale*[5], Milano, 2019, p. 445 s.

nazionale volta a disciplinare la sfera individuale può produrre effetti diretti se *self-executing* o completa di contenuto dispositivo.

Così la categoria concettuale dell'effetto diretto assume i contorni di figura giuridica a sé. È vero che l'espressione *self-executing* è talvolta collegata a un modo particolare di concepire il monismo «internazionalcentrico»[2]. In un'accezione *lato sensu* monista il carattere *self-executing* è servito infatti per definire l'equiparazione alle fonti interne, avvenuta tramite certi automatismi costituzionali, di un accordo internazionale cui sia stata garantita l'operatività da parte degli organi statali[3]. Si caratterizzerebbero dunque in chiave monista gli ordinamenti interni che non richiedono provvedimenti *ad hoc* di recepimento in ragione dei menzionati automatismi[4].

Peraltro, la natura *self-executing* di una disposizione – se connessa all'espressione «effetto diretto» o «efficacia diretta» che ne caratterizza l'applicabilità sul piano interno in capo alle persone (fisiche e giuridiche) – si presta ad assumere contorni che prescindono dalle modalità di rece-

[2] Cfr. per esempio V. LOWE, *International Law: A Very Short Introduction*, Oxford, 2015, p. 40; P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*[14], Paris, 2018, pp. 459 s. e 464.

[3] Coniato nella prima parte dell'ottocento dal Giudice Marshall della Corte Suprema statunitense in relazione all'accordo internazionale che opera «of itself» in base ai suoi «terms», in quel contesto ordinamentale il carattere *self-executing* si riferisce all'accordo che, debitamente approvato dal Congresso statunitense e ratificato dal Presidente, acquisisce uno *status* equivalente a quello della legge interna in virtù dell'art. VI, 2° comma della Costituzione degli Stati Uniti (J.J. PAUST, "Self-Executing Treaties", in *American Journal International Law*, 1988, p. 760 ss., a p. 765 s.; T. BUERGHENTAL, "Self-Executing Treaties and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law", in *Recueil des cours*, 1992, IV, p. 313 ss., p. 370 ss.). Un ulteriore esempio è dato dall'art. 5, par. 4 della Costituzione elvetica, a norma del quale la Confederazione e i cantoni rispettano il diritto internazionale. Monista si definisce anche il sistema belga in seguito alla sentenza della Cour de Cassation, 27 maggio 1971, *Belgium v SA Fromagerie Franco-Suisse Le Ski*, in *Journal des tribunaux*, 1971, p. 471 ss., la quale in un celebre «attendu» stabilì che « (...) lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel (...) ».

[4] Sul piano concettuale è dubbio che si tratti di un approccio autenticamente monista ove si assuma che l'automatismo costituzionale sia lo strumento per rendere operativa o applicabile la norma internazionale nell'ordinamento interno. V. al riguardo le riflessioni di D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*[4], vol. I, Padova, 1955, p. 58 ss. che parla comunque di meccanismo di «recezione»; G. ARANGIO-RUIZ, "International Law and Interindividual Law", in *New Perspectives on the Divide Between National Law & International Law* (a cura di Nijman e Nollkaemper), Oxford, 2007, p. 15 ss. Per una serie di pressanti critiche al monismo v. dello stesso autore *Dualism Revisited: International Law and Interindividual Law*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 903 ss., in part. p. 918 ss.

zione della stessa nell'ordinamento interno, assumendosi così queste ultime quale dato giuridico «presupposto». Non vi è infatti alcuna necessità logica di collegare l'analisi dell'effetto diretto al tema dell'adattamento, né a quello della sua eventuale trasformazione[5]. Se l'effetto diretto consiste nell'incidenza che la disposizione produce sulla sfera dei singoli, il qualificativo *self-executing* – talvolta assimilato alle espressioni «applicabilità diretta», «automatica» o «immediata» – si presta a essere inteso in termini di «autosufficienza» della stessa poiché completa nel suo contenuto dispositivo o in grado di divenire tale in virtù di norme interne preesistenti[6].

Sebbene collegate fra loro, tali categorie concettuali, quella di disposizione rivolta alla sfera individuale e quella di norma *self-executing*, non coincidono: sono due categorie «a cerchi» la cui sovrapposizione in uno stesso enunciato normativo lo rende idoneo a produrre l'effetto diretto. Dal punto di vista dei destinatari, l'efficacia diretta risiede nell'idoneità della norma, di cui si sia accertata la «completezza», ad attribuire alla persona posizioni giuridiche soggettive ovvero di imporle obblighi o di conferirle facoltà; e nella conseguente possibilità riconosciuta alla persona di richiederne l'applicazione alle autorità statali e, in caso di inosservanza da parte di queste ultime, di contestarne in giudizio la violazione[7]. Si tratta di due nozioni parallele che restano tuttavia distinte. Se prodotto, l'effetto diretto è in grado di comprendere, almeno tendenzialmente, sia i rapporti Stato-individuo che le relazioni interindividuali (*Drittwirkung*).

Nella prospettiva descritta dunque il tema dell'effetto diretto della disposizione internazionale non è ontologicamente dipendente dalla con-

[5] Sul ruolo dei giudici statali nell'applicazione del diritto internazionale e sulla connessa questione del monismo/dualismo, v. O.K. FAUCHALD, A. NOLLKAEMPERER, "Conclusions", in *The Practice of International Law and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law* (a cura di Fauchald e Nollkaemperer), Oxford and Portland, 2012, p. 343 ss., a p. 353 ss.

[6] Nella dottrina nord-americana peraltro l'espressione «self-executing treaties» è polisemica e di non agevole identificazione concettuale: cfr. ad esempio D. SLOSS, "Self-Executing Treaties and Domestic Judicial Remedies", in *American Society of International Law Proceedings*, 2004, p. 346 ss.

[7] Se pertanto si assume che l'ordinamento interno abbia attivato gli strumenti idonei a recepire la disposizione internazionale, l'espressione effetto diretto sarebbe impropria nella misura in cui l'aggettivo «diretto» non potrebbe riferirsi alla prima, bensì a quella interna che l'abbia recepita. In dottrina peraltro la nozione di effetto diretto, la postura monista o dualista dello Stato e la questione del primato della norma convenzionale su quella interna, sono talvolta collegate: A. STONE SWEET, H. KELLER, "The Reception of the ECHR in National Legal Orders", in *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems* (a cura di Keller e Stone Sweet) Oxford, 2012, p. 22 s.; S. BESSON, "The Reception Process in Ireland and United Kingdom", ivi, p. 48, 50, 53.

cezione dualista o monista cui si ispiri l'ordinamento statale dal cui punto di vista ci si pone[8]. È evidente infatti come la categoria dell'autosufficienza non sia *ex se* garanzia di spiegazione immediata di effetti della disposizione ove l'ordinamento di ricezione, in ipotesi di impronta dualista, non abbia attivato sul piano interno alcuna misura di esecuzione necessaria per l'adempimento dell'obbligo internazionale. A tal fine, in pratica, una norma convenzionale *self-executing* deve essere previamente accompagnata da una misura di adattamento per ipotizzare la sua applicazione da parte dell'organo statale. Se invece l'ordinamento interno si conformasse al monismo «internazional-centrico» – nella prospettiva formalistica di Hans Kelsen[9] o in quella giusnaturalista di Hersch Lauterpacht[10] – resterebbe pur sempre da accertare, sulla base di paradigmi di riferimento diversi, l'elemento dell'autosufficienza che potrebbe, in ipotesi, non sussistere.

Al più si potrebbe dire che un puro modello monista «internazional-centrico», ove riscontrabile, faciliterebbe il rispetto dell'obbligo esterno e la funzione regolatrice di quest'ultimo in virtù della caratteristica, tipica di tale modello, tendente a garantire il primato del diritto internazionale sulle regole interne difformi[11]. Ma una simile osservazione non sarebbe una particolare novità. In definitiva, la nozione di disposizione autosufficiente e l'eventuale correlato effetto diretto, come si avrà modo di verificare in seguito, non dipendono esclusivamente dalla scelta monista

[8] Invece che di dualismo sarebbe più corretto parlare di pluralismo: H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*[5], terza ristampa dell'edizione italiana, Milano, 1980, p. 368 ss.; G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*[7], Padova, 1967, p. 68; M.N. SHAW, *International Law*[5], Cambridge, 2006, p. 122; G. GAJA, "Dualism-a Review", in *New Perspectives on the Divide Between National Law & International Law,* cit., p. 52 ss.

[9] H. KELSEN, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », in *Recueil des cours*, 1926-IV, p. 227 ss.; ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 346 e 353 ss. In una prospettiva neo sociologico-monista di tipo hobbesiano si pone l'idea che l'ordinamento internazionale rappresenti il *common power* di ogni altro potere statale (P. ALSTON, "The Emerging Universal Legal System", in *New Perspectives on the Divide Between National Law & International Law* (a cura di Nijman e Nollkaemper), cit., p. 63 ss.). In realtà, la dottrina tende spesso a considerare monista anche l'ordinamento statale che rende automatica l'applicazione dell'accordo internazionale che sia stato debitamente concluso nel rispetto delle procedure costituzionali, equiparandolo così alla legge interna (art. VI, 2° comma, della Costituzione statunitense e art. 55 della Costituzione francese); v. tuttavia P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, cit., p. 465 ss.

[10] H. LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, London, 1950, p. 62; ID., *International Law: Collected Papers*, Cambridge, 1970, p. 151 ss.

[11] H. KELSEN, *Les rapports*, cit., p. 273.

o dualista ovvero ibrida (come più spesso accade) che sovraintende ai rapporti tra ordinamenti interno e internazionale.

Sempre in via preliminare, conviene osservare che l'autosufficienza di una disposizione è questione suscettibile di porsi anche al di fuori del tema dell'effetto diretto sulle relazioni individuali. A rigore, infatti, una disposizione può essere completa nei suoi elementi precettivi anche qualora riguardi le sole condotte intergovernative strettamente intese. Si pensi al diritto di passaggio inoffensivo nelle acque territoriali altrui o alla clausola compromissoria posta in un trattato per risolvere eventuali controversie che rechi tutte le regole necessarie per nominare l'organo arbitrale e per disciplinare le varie fasi, scritta e orale, del relativo procedimento. Benché autosufficienti, esse comunque non possiedono una vocazione naturale ad essere applicate sul piano interno ai rapporti individuali. L'analisi successiva verterà peraltro sulle sole disposizioni internazionali preordinate alla disciplina di situazioni giuridiche soggettive individuali[12].

L'accertamento dell'efficacia di una disposizione internazionale caratterizzata dall'essere completa implica una composita operazione che ne proietta l'*emprise* non solo – com'è naturale che sia – nei confronti dei soggetti che hanno prodotto la stessa o concorso a crearla (i titolari della potestà di produzione normativa nell'ordinamento internazionale), ma in specie, per quel che qui interessa, sul piano dei rapporti Stato-individuo e in principio anche delle relazioni giuridiche interindividuali.

La produzione dell'effetto diretto sul versante dei rapporti giuridici interni è in sé strumento di garanzia della disposizione internazionale, traducendosi in una categoria giuridica tendente, come si vedrà, ad assicurare l'effettività dei corrispondenti obblighi internazionalistici e a prevenire situazioni di responsabilità derivanti dall'inosservanza della disposizione stessa. L'intervento dell'operatore interno, sia esso amministrativo o giurisdizionale, è determinante[13].

Per il momento questa considerazione induce a ritenere che non vi è ragione di restringere il tema dell'effetto diretto alle sole disposizioni contenute nei trattati. Certo, sono molte le aree dell'ordinamento interno

[12] Sull'applicazione da parte dei giudici nazionali della norma internazionale oltre lo schema logico dell'effetto diretto sì da includervi anche la tecnica dell'interpretazione conforme e la riparazione v. il volume di A. NOLLKAEMPERER, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, 2011, che evidenzia tra l'altro il rischio che i giudici nazionali possano contribuire alla frammentazione del diritto internazionale (p. 217 ss.).

[13] Sul punto si tornerà in seguito: *infra* paragrafi 2 e 3. La capacità della disposizione internazionale di ricevere concreta attuazione dipende sempre più spesso dagli operatori giuridici interni (B. CONFORTI, *Diritto internazionale*[11] (a cura di Iovane), Napoli, 2018, p. 8). Similmente C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*[4], Milano, 2017, p. 218.

ricomprese nell'*emprise* di accordi internazionali[14]. Tuttavia, poiché l'idoneità di una disposizione ad essere immediatamente applicabile a persone fisiche e giuridiche, e la corrispondente esigenza di conseguirne l'osservanza sul piano internazionale, sono di ordine generale, la questione dell'effetto diretto concerne qualunque disposizione dell'ordinamento internazionale – inclusa quella consuetudinaria[15] e quella che sia frutto dell'attività di produzione normativa delle organizzazioni internazionali[16] – di natura vincolante, generale o particolare, che sia preordinata a produrre conseguenze nella sfera delle relazioni interindividuali e nei rapporti Stato-individuo. Tali disposizioni possono essere interpretate e precisate nel loro contenuto anche da giudici internazionali, così da dare luogo a forme di influenza della giurisprudenza internazionale sull'operatore giuridico interno.

Lo scritto intende ricostruire il *genus* effetto diretto di una disposizione internazionale, come appena delimitato, per esaminarne i caratteri distintivi e le interdipendenze, la natura e la funzione che esso svolge in una chiave di intersezione e di saldatura tra norma internazionale e diritto interno. Si tratta di un tema classico, ma non di agevole sistemazione teorica, tanto più che ad esso si associano a volte un lessico e categorie definitorie non sempre utilizzate in modo univoco. Se è certo che la moderna evoluzione del diritto internazionale induce a ritenere non più attuale il postulato dell'incompletezza della disposizione internazionale[17], l'effetto diretto di norme *self-executing*, quale problema *in primis* di stretto diritto internazionale, concerne l'idoneità di una sua particolare disposizione a spiegare effetti in capo a singoli. Il fenomeno è complesso in ragione della sempre più accresciuta attitudine del diritto internazionale di indirizzarsi agli individui; tuttavia, non è generalizzabile a qualun-

[14] T. BUERGHENTAL, "Self-Executing Treaties and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law", cit., p. 313.

[15] C. DOMINICE, *Le droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse*, in *Recueil de travaux publié à l'occasion de l'Assemblée de la Société suisse des juristes*, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, n. 27, 1969, pp. 11-35. Sulla terminologia da utilizzare per designare le regole consuetudinarie v. M. WOOD, *First Report on Formation and Evidence of Customary International Law*, ILC Sixty-fifth session A/CN.4/663, 17 May, 2013, p. 19.

[16] J.M. HENCKAERTS, "Self-Executing Treaties and the Impact of International Law on National Legal Systems: Research Guide", in *International Journal of Legal Information*, 1998, p. 56 ss., p. 57; F. SALERNO, *Diritto internazionale*, cit., p. 432 s. Riguardo alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza è da ricordare che non tutte sono destinate a produrre effetti giuridici, come ricorda M. WOOD, "The Interpretation of Security Council Resolutions", in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1998, p. 73 ss., a p. 79.

[17] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 348.

que disposizione: non certamente a quelle che si indirizzino esclusivamente alle condotte governative.

2. Individualità e completezza quali categorie «a cerchi» che qualificano la nozione di effetto diretto. Le tre componenti diacroniche del meccanismo di approssimazione all'accertamento dell'effetto diretto

Se l'«autosufficienza» di una disposizione internazionale risiede nella completezza del suo contenuto, mentre l'effetto diretto, quale nozione d'insieme, include anche l'altro profilo dell'idoneità della stessa disposizione a disciplinare situazioni giuridiche individuali, vi è certamente una interferenza tra tali elementi concettuali. Eppure essi restano logicamente distinti. La possibilità che una disposizione si traduca in una regola concreta, applicabile da un giudice o altro organo amministrativo, presuppone la sua capacità di disciplinare, in ragione della completezza del suo contenuto, le situazioni giuridiche soggettive individuali, ossia dei «destinatari finali» della stessa disposizione[18]. In questa prospettiva, la nozione di effetto diretto è riferita alla sola disposizione che sia preordinata a produrre effetti nei rapporti interindividuali, ossia quelli che involgono la sfera di persone fisiche e giuridiche.

È dunque tale la disposizione che reca in principio gli elementi indispensabili per la sua concreta applicazione, non richiedendo specifici completamenti normativi, né riconoscendo spazi per l'esercizio di discrezionalità valutativa in sede di attuazione della stessa disposizione (in breve, nell'ordinamento italiano, tramite misure di adattamento ordinario). Come mostra la prassi, sarebbe peraltro inesatto assumere che, nel passaggio logico dalla determinazione del grado di completezza della norma a quello della produzione dell'effetto diretto in capo ai singoli, l'intervento integrativo del diritto interno sia irrilevante. Lo studio della prassi suggerisce di articolare in modo diacronico le varie fasi che compongono l'accertamento dell'effetto diretto fino a giungere alla definizione di tutte le conseguenze sul piano individuale che una disposizione internazionale è suscettibile di produrre.

Il relativo accertamento richiede una metodologia complessa. Occorre infatti *approssimarsi* per gradi alla determinazione puntuale del contenuto della disposizione da applicare al caso concreto. Collocandosi

[18] Cfr. *Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 13.3805*, *Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne*. Confédération suisse, 12 giugno 2015, p. 5.

in un momento successivo alla creazione della disposizione sul piano internazionale, ciò postula certamente un passaggio interpretativo dovendosi verificarne l'applicabilità in giudizio ovvero da parte dell'amministrazione nazionale, e determinarne tutte le sue conseguenze pratiche[19]; ma non si esaurisce in una semplice operazione interpretativa. In questa chiave di lettura sarebbe improprio ridurre l'effetto diretto alla sola *invocabilità in giudizio* della norma o al ruolo delle *national courts*. Il diritto non possiede soltanto una dimensione giudiziale.

Dipendendo dal suo contenuto, il grado di completezza della disposizione è, per molti versi, questione «di diritto internazionale». Lo studio della prassi indica che se la disposizione del cui effetto diretto si discute è completa nei suoi elementi essenziali, in applicazione *inter alia* delle regole internazionalistiche che presiedono alla sua interpretazione, essa si rivela strutturalmente, benché solo potenzialmente, idonea a incidere sulle situazioni giuridiche dei destinatari ultimi della stessa. Più in particolare, l'operazione sottostante è scomponibile in almeno tre fasi in cui si articola l'accertamento dell'effetto diretto che dà luogo ad un «meccanismo di approssimazione per gradi». A ciascuna di esse occorre dare risposta positiva – in uno schema logico cumulativo – affinché la disposizione internazionale sia suscettibile di proiettarsi sulle condotte interindividuali e sulle relazioni Stato-individuo.

3. (Segue): *l'identificazione delle regole che presiedono all'interpretazione della disposizione normativa internazionale*

Che l'accertamento dell'effetto diretto ponga anzitutto una questione ermeneutica, in funzione dei criteri generali di interpretazione del diritto internazionale, inclusi quelli desumibili dalla prassi applicativa come si dirà *infra*, è evidente ad esempio nel parere del 3 marzo 1928 reso sulla *Compétence des Tribunaux de Dantzig*[20], in cui la Corte permanen-

[19] Paradigmatico è l'esempio della norma di diritto internazionale generale che obbliga gli Stati a non assoggettare a obblighi militari i cittadini stranieri (cfr. Corte costituzionale, 15 maggio 2001, n. 131 riguardante il caso di un cittadino canadese che, pur avendo perso la cittadinanza italiana, era stato oggetto di procedimento penale per non aver assolto gli obblighi di leva; le sentenze della Corte costituzionale sono reperibili nel sito https://www.cortecostituzionale.it e pertanto non saranno indicati di seguito riferimenti a pubblicazioni cartacee).

[20] Corte permanente di giustizia internazionale, parere 3 marzo 1928, *Publications*, Série B, N° 15, *Compétence des tribunaux des Dantzig* (*Réclamations pécuniaires des fonctionnaires ferroviaires dantzikois passés au service polonais contre l'administration polonaise des Chemins de fer*, Recueil des avis consultatifs, p. 1 ss.

te di giustizia internazionale fece applicazione del «principe d'interprétation» applicabile ai trattati[21]. In una logica simile, in *LaGrand* la Corte internazionale di giustizia ebbe anzitutto ad accertare la «clarté» delle disposizioni di un accordo internazionale «lues dans leur context», e «compte tenu du libellé de ses dispositions»[22].

Una questione interpretativa è suscettibile di porsi anche riguardo alle consuetudini[23]. La prassi indica peraltro che un giudice può prestare minore attenzione a un simile passaggio logico di fronte a regole consuetudinarie sufficientemente definite nel loro contenuto[24]. Si pensi a quella che ponga un obbligo di *non facere* e, in particolare, a quella che vieta allo Stato di imporre obblighi di leva militare a cittadini di Stati terzi. Quest'ultima disposizione è stata considerata come produttiva di efficacia diretta dalla Corte costituzionale italiana senza che vi fosse necessità di particolari operazioni ermeneutiche proprio in ragione del suo dato precettivo ritenuto sufficientemente preciso[25]. L'assunto della vaghezza e indeterminatezza del diritto consuetudinario, talvolta ribadito in dottri-

[21] Ivi, p. 18.

[22] Sentenza 27 giugno 2001, *LaGrand* (*Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique*), *C.I.J. Recueil*, 2001*,* p. 466, par. 77. Non vi è alcun dubbio circa il fatto che dinanzi ai giudici nazionali la norma internazionale debba essere interpretata sulle base delle regole proprie dell'ordinamento internazionale: cfr. *ex multis* Cassazione (sez. I civ.) 21 luglio 1995, n. 7950, in *Giurisprudenza italiana*, 1997, I, 1, p. 697, par. 6.1 e Corte costituzionale, 22 ottobre 2014, n. 238, ECLI:IT:COST:2014:238, par. 3.1, «in diritto» ("principio di conformità" all'ordinamento di origine). Sull'interpretazione della norma internazionale quando è applicata dal giudice interno v. J. D'ASPREMONT, "The Systemic Integration of International Law by Domestic Courts: Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order", in *The Practice*, cit., p. 141 ss.

[23] Indicazioni in tal senso sono riscontrabili, ad esempio, nello Statuto della Corte penale internazionale, la quale interpreta e applica (art. 21, par. 3) il diritto inclusi i «principles and rules of international law» (art. 21, par. 1, lett. b); nonché nelle opinioni dissenzienti dei giudici Morelli e Tanaka nel caso della *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord North Sea Continental Shelf Cases* (*Federal Republic of Germany v. Denmark*), *I.C.J. Reports*, 1969, p. 3 ss., rispettivamente alle pp. 200 e 181. Seppure in modo forse più discreto, il punto è rilevato anche in una frase della Corte internazionale di giustizia nella sentenza 18 dicembre 1951, *Fisheries case (United Kingdom v. Norway)*, *I.C.J. Reports*, 1951, p. 116 ss., in particolare p. 133. Un esempio di regola consuetudinaria che può porre questioni interpretativa è quella relativa all'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, la quale benché operanti a livello anzitutto intestatale può riflettersi indirettamente sulla sfera individuale (C. DOMINICÉ, *Le droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse*, cit., p. 11 ss.; v. la vicenda sottostante alla sentenza della Corte costituzionale n. 238/2014, cit.).

[24] Sul senso chiaro della norma internazionale v. R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, Bruxelles, 2006, p. 410 ss., il quale riesamina, alla luce della dottrina precedente e della prassi, la massima *in claris non fit interpretatio*.

[25] Cfr. Corte costituzionale 4 giugno 1992, n. 278 e 15 maggio 2001, n. 131, cit.

na e giurisprudenza[26], è apprezzabile piuttosto con riguardo alle incertezze che possono aversi in sede di rilevazione della regola.

A parte questi casi – nei quali una minima attività all'interprete è comunque richiesta – il diritto consuetudinario, al pari di qualunque disposizione, può richiedere un passaggio ermeneutico complesso là dove il suo contenuto presenti *prima facie* un insufficiente grado di precisione e determinatezza. L'interpretazione della regola consuetudinaria, affinché l'autorità nazionale ne verifichi l'applicazione in capo agli individui nella fattispecie concreta, può rivelarsi questione difficile sotto diversi profili. Le maggiori complessità risiedono nella natura non scritta del diritto consuetudinario[27], ma soprattutto nella circostanza che la ricerca del suo esatto contenuto può sovrapporsi, se non confondersi, con la valutazione degli elementi che riguardano la sua formazione. In altre parole, l'analisi empirica della «prassi accettata come diritto» per dimostrarne l'esistenza – la fase della sua rilevazione – ben può chiarire progressivamente la portata della regola[28], facilitando la comprensione del relativo esito, ridotto a testo normativo in seguito alla «rilevazione», in sé suscettibile di interpretazione[29]. In questi casi, come mostra la giurisprudenza internazionale, un paradigma normativo di riferimento a fini ermeneutici è dato, in via analogica, dalle regole consuetudinarie sull'interpretazione dei trattati[30].

[26] A titolo esemplificativo v. N. BANTEKA, "A Theory of Constructive Interpretation for Customary International Law Identification", in *Michigan Journal of International Law*, 2018, p. 301 ss., pp. 302 e 307; Corte di giustizia, 16 giugno 1998, causa C-162/96, *Racke*, ECLI:EU:C:1998:293, par. 52.

[27] Un problema analogo potrebbe porsi per gli accordi internazionali di natura tacita o non scritta, la cui prassi è peraltro limitata (R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, cit., p. 177 ss.).

[28] E ciò anche in ragione della natura intrinsecamente dinamica ed evolutiva del diritto consuetudinario anche dopo la sua emersione (M. MENDELSON, "The Formation of Customary Law", in *Recueils des cours*, vol. 272, 1998, p. 155 ss., a p. 188).

[29] Sull'interpretazione del diritto consuetudinario cfr. R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, cit., p. 219 ss.; C. SANTULLI, "Rapport général", in *Revue générale de droit international public*, 2011, p. 297 ss., p. 302, che intende l'interpretazione quale «acte juridique».

[30] La buona fede, nonché i metodi sistematico e teleologico si prestano ad essere applicati anche al diritto consuetudinario (cfr. l'opinione del giudice Tanaka, cit., p. 181; la sentenza della Corte internazionale di giustizia 22 dicembre 1986, *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, *I.C.J. Reports*, 1986, p. 554 ss., p. 565 s., con riferimento al «purpose» e al «primary aim» della regola sull'*uti possidetis*). Il metodo testuale sembra invece circoscritto all'interpretazione degli accordi di codificazione la cui disposizione, da applicare nella specie, coincida con la norma consuetudinaria. Le disposizioni di sviluppo progressivo si collocano al di fuori di tale ipotesi, ponendosi semmai al riguardo una questione di interpretazione del diritto pattizio secondo i metodi che gli sono propri (A. BLECKMANN, "Zur Feststellung und Auslegung von Völkergewonheitsre-

4. (Segue): *il requisito, proprio di un'accezione volontaristico-oggettiva, dell'idoneità della disposizione a disciplinare situazioni giuridiche individuali*

L'individuazione delle regole che presiedono all'interpretazione di una disposizione è prodromica a un secondo accertamento, più complesso, che concerne l'idoneità della stessa a disciplinare situazioni giuridiche individuali e precisamente la definizione della sfera di applicazione soggettiva della norma. Tale carattere dipende dall'esistenza di una corrispondente determinazione, resa in modo espresso o implicito, dai soggetti che hanno concorso alla formazione della disposizione sul piano internazionale.

Premesso che tale questione non dovrebbe essere confusa con l'impegno, talvolta reso esplicito nei trattati, di adottare sul piano interno le disposizioni necessarie per assicurarne il rispetto[31], la prassi mostra che il diritto internazionale è perfettamente suscettibile di spiegare i suoi effetti nella sfera delle persone fisiche e giuridiche purché si rilevi una corrispondente intenzione.

Una volontà negativa può certamente risultare dalla disposizione internazionale in modo esplicito oppure per interpretazione. Per il primo caso, si pensi, ad esempio, al recente *EU-Singapore Free Trade Agreement*[32]. Una ipotesi intermedia è ravvisabile nell'esclusione dell'effetto diretto riguardo alle regole dell'Organizzazione mondiale del commercio: lo si attesta in atti delle parti contraenti e ancora nella giurisprudenza sia della Corte di giustizia dell'Unione Europea, sia di corti nazionali[33],

cht", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1977, p. 525 ss., a p. 526-528; A. ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, OUP, 2008, p. 496 ss.).

[31] P. DAILLER, A. PELLET, *Droit international public*[7], Paris, 2002, p. 230.

[32] Esso stabilisce esplicitamente all'art. 16.16, come reca sia la rubrica intitolata «No direct effect», che il testo: «For greater certainty, nothing in this Agreement shall be construed as conferring rights or imposing obligations on persons, other than those created between the Parties under public international law» (il testo è del 18 aprile 2018, aggiornato al marzo 2019, ed è disponibile nel sito http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961).

[33] Con riguardo alla giurisprudenza della Corte di giustizia cfr. le sentenze 12 dicembre 1972, cause riunite da 21 a 24/72, *International Fruit*, ECLI:EU:C:1972:115, paragrafi 19-28; 5 ottobre 1994, causa C-280/93, *Germania* c. *Consiglio*, ECLI:EU:C:1994:367, paragrafi 103-112, tendenzialmente volte ad escludere l'efficacia diretta delle norme GATT, salvo che l'Unione adotti specifici provvedimenti di attuazione di tali norme GATT o di rinvio esplicito ad esse, come peraltro precisato nelle precedenti sentenze 22 giugno 1989, causa 70/87, *Fediol* c. *Commissione,* ECLI:EU:C:1989:254, paragrafi 19-22, e 7 maggio 1991, causa C-69/89, *Nakajima* c. *Consiglio*, ECLI:EU:C:1991:186, par. 31. Tale giurisprudenza è stata successivamente

adducendosi la natura delle stesse o le concordi determinazioni negative espresse dalle parti contraenti al momento della conclusione dell'accordo[34].

Ciò risponde all'idea che l'effetto diretto è un carattere che nel diritto pattizio può essere escluso dalle parti contraenti, come se quel carattere non fosse volutamente impresso nel «patrimonio genetico» della regola di condotta da esse creata. Si intende così mantenere un ruolo primario alla reciprocità e agli strumenti interstatuali di controllo attivabili in caso di violazione della prescrizione.

Per quel che concerne poi la determinazione negativa risultante per interpretazione o anche tramite prassi applicativa, si ritiene che le disposizioni permissive o facoltizzanti[35], programmatiche[36] e le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite[37] siano improduttive di effetto diretto. Senza entrare nel merito delle singole motivazioni, tali filoni

confermata: v. sentenze 23 novembre 1999, causa C-149/96, *Portogallo* c. *Consiglio*, ECLI:EU:C:1999:574, paragrafi 42-49; 1° marzo 2005, causa C-377/02, *Van Parys*, ECLI:EU:C:2005:121, paragrafi 39 ss.

[34] A titolo esemplificativo, allorché il Consiglio dell'Unione Europea approvò la decisione 22 dicembre 1994, 94/800/CE, relativa alla conclusione, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994) (GUCE 23 dicembre 1994, L 336, p. 1), esso precisò nell'ultimo «considerando» del preambolo che «l'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, compresi gli allegati, non è di natura tale da essere invocato direttamente dinanzi alle autorità giudiziarie della Comunità e degli Stati membri».

[35] È noto l'orientamento della giurisprudenza italiana che interpreta l'art. 6, 1° comma della Convenzione in materia di adozione di minori firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 nel senso che esso esclude l'adozione da parte di persone singole in assenza di esplicita volontà legislativa (Corte costituzionale 16 maggio 1994, n. 183 (ECLI:IT:COST:1994:183); e più recentemente Cassazione (sez. I civ.), 14 febbraio 2011, n. 3572, *Diritto di famiglia*, 2012, 1, p. 131). La giurisprudenza belga ritiene che l'art. 7, par. 2, della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo non sia produttiva di effetto diretto perché lascia agli Stati il compito di definire le modalità con cui assicurare il diritto del minore di conoscere l'identità dei genitori (v. la sentenza della Corte di cassazione belga *WN v DMJ*, Case no C 09 0236 F, ILDC 1624 (BE 2010), 11th June 2010, in *Oxford Public International Law*, Case no C 09 0236, e giudicando così legittima la scelta del legislatore di non consentire, in alcuni casi, l'azione di riconoscimento giudiziale di paternità).

[36] Cassazione (sez. lavoro), 6 febbraio1999, n. 1062, *Rivista diritto internazionale privato e processuale*, 1999, p. 605. Con riguardo alle Convenzioni OIL molto più aperto è l'orientamento della Corte di Cassazione francese nel caso *X. c. Corporation Euromédia Télévision*, 29 marzo 2006, in *Oxford Public International Law*, Case no 906.

[37] Tali risoluzioni sono spesso ritenute incapaci di incidere sull'ordinamento interno: cfr. ad esempio Tribunale Trieste, 24 dicembre 1993, in *Rivista di diritto internazionale*, 1994, p. 206 ss.; Cassazione, 8 luglio 1994, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 760 ss.; Cour de Cassation 25 avril 2006, n. 679, *Dumez*, in *Revue générale de droit international public*, 2006, p. 950; Corte di giustizia, 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi*, ECLI:EU:C:461, par. 298.

giurisprudenziali non sono sempre convincenti poiché anche disposizioni di principio sono suscettibili di produrre effetti là dove il giudice interno disponga del potere di integrarle e attuarle tramite l'ausilio del diritto interno.

Si pensi ancora ai filoni giurisprudenziali nazionali che negano la produzione dell'effetto diretto in capo ai singoli di quelle a tutela delle vittime dei conflitti armati. A quest'ultimo riguardo, nel caso *Bridge of Varvarin*, il *Bundesverfassungsgericht* ha escluso che il *Normbereich* del diritto consuetudinario contempli il diritto soggettivo individuale al risarcimento del danno subito nel corso di un'azione bellica[38]. Si assume dunque che il diritto internazionale relativo all'attività bellica, rivolgendosi ai soli governi, non conferisca un diritto al risarcimento azionabile dagli interessati davanti ai giudici interni in caso di violazione delle relative prescrizioni[39]. In questo senso l'effetto diretto è per definizione escluso e c'è da chiedersi quale effettiva utilità apporti agli individui la sentenza della Corte costituzionale n. 238/2014.

Non mancano poi filoni giurisprudenziali statunitensi estremamente restrittivi in punto di azionabilità dei singoli di disposizioni contenute nei trattati, a prescindere dal fatto, di rilievo costituzionale, della loro elevazione a «law of the land»: ciò nonostante, posta l'assenza di esplicita legislazione interna, esse sarebbero insuscettibili di produrre efficacia diretta poiché tra l'altro non contemplano il diritto di agire in giudizio da parte degli individui[40]. L'argomentazione è poco persuasiva ove si riten-

[38] Bundesverfassungsgericht, Aug. 13, 2013, 2 BvR 2660/06, BvR 487/07, par. 43, il quale ha escluso, almeno allo stato attuale, che il diritto consuetudinario possa conferire diritti «nach der Einzelnen bei Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht ein Anspruch auf Schadensersatz oder Entschädigung gegen den verantwortlichen Staat zusteht, lässt sich jedoch … nicht feststellen» (in https://www.bundesverfassungsgericht.de). Sul punto è significativa anche la cautela se non la ritrosia della Corte internazionale di giustizia nella sentenza 3 febbraio 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, *I.C.J. Reports*, 2012, p. 99 ss., p. 145, par. 108, come sottolinea K.F. GÄRDITZ, in *American Journal International Law*, 2014, p. 86 ss.

[39] Cfr. Cassazione (sezioni unite), 5 giugno 2002 n. 8157 (ord.), *Markovic*, in *Rivista di dritto internazionale*, 2002, p. 799 ss.; v. anche Cassazione (sezioni unite), 21 febbraio 2013 n. 4284, *Frascà*, in *Rivista di dritto internazionale*, 2013, p. 635 ss. Secondo la dottrina, è dubbio che la prassi degli Stati confermi l'ipotesi che esista un obbligo internazionale a risarcire i danni derivanti da crimini di guerra in presenza di violazioni del diritto umanitario: dinanzi a numerose vittime il risarcimento avrebbe invece natura collettiva (P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité international des Etats à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, 2012; A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova, 2013). Per la prassi più recente e valutazioni critiche v. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 280 ss.

[40] V. ad esempio la giurisprudenza citata nel caso United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 24 marzo 1982 (deciso

ga che la disposizione internazionale concerne i profili sostanziali, lasciando il diritto di agire in giudizio alla disciplina statale. L'esclusione dell'effetto diretto appare allora piuttosto un espediente per impedire l'attuazione della prescrizione sul piano interno tramite *enforcement* individuale.

Egualmente poco persuasivi sono gli indirizzi giurisprudenziali volti a negare l'effetto diretto di disposizioni contenute nei trattati sui diritti umani, come la Carta sociale europea[41] e la Convenzione sulla protezione dei disabili[42], ove si consideri la loro naturale vocazione a rivolgersi alla sfera individuale. La scarsa tenuta di argomentazioni negative potrebbe essere all'origine dell'orientamento del Governo statunitense che ha escluso *ex ante* l'effetto diretto tramite strumenti unilaterali: «dichiarazioni» formulate al momento dell'adesione al Patto internazionale sui diritti civili e politici – equiparabili a riserve, stante l'orientamento della Corte Suprema statunitense in *Sosa v. Alvarez-Machain*[43] – e riserve ap-

il 3 febbraio 1984), 726 F.2d p. 774 ss. par. 130. Per ragioni diverse, legate essenzialmente alla indeterminatezza degli obblighi sottostanti, la giurisprudenza statunitense tende a negare che gli articoli 1, 55 e 56 della Carta delle Nazioni Unite siano norme *self-executing*: cfr. Supreme Court of California, 17 aprile 1952, *Sei Fujii v. State of California*, 242 P.2d 617, 619-22 (Cal. 1952), p. 619 ss. (sul punto v. anche T. BUERGHENTAL, "Self-Executing Treaties and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law", cit., p. 576 ss. con ulteriori riferimenti; nonché l'opinione dissidente del giudice Scalia in *Sosa v. Alvarez-Machain et al.* (cit. *infra* nota 43), secondo il quale «courts cannot possibly be thought to have been given, and should not be thought to possess, federal-common-law-making powers with regard to the creation of private federal causes of action for violations of customary international law», p. 747). Per un orientamento analogo a quello seguito dalla giurisprudenza americana v. la sentenza della Corte federale elvetica 22 settembre 2000, *A and B v Government of the Canton of Zurich*, in *International Law in Domestic Courts. A Casebook* (a cura di Nollkaemper e Reinisch), Oxford, 2018, p. 205.

[41] V. «Annesso» alla Carta, Parte III: «S'intende che la Carta contiene impegni giuridici a carattere internazionale la cui applicazione è sottoposta unicamente al controllo di cui nella parte IV». Il punto è rilevato dai giudici italiani (Cassazione, ord. 13 luglio 2016, n. 14340, https://dejure.it) e dalla Corte costituzionale nella sentenza 11 aprile 2018 n. 120 (ECLI:IT:COST:2018:120). La Carta sociale potrebbe essere peraltro concepita quale strumento normativo complementare alla CEDU (cfr. G. PALMISANO, "La Charte sociale révisée, vingt ans après. Défis et perspectives", in *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele* (a cura di Panzera, Rauti, Salazar e Spadaro), Napoli, 2017, p. 23 ss. e C. PANZERA, "Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali", in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino 2016, p. 1659 ss.).

[42] Cfr. Corte cost., 14 gennaio 2016, n. 2, ECLI:IT:COST:2016:2.

[43] Tra le argomentazioni utilizzate dalla Corte Suprema per respingere l'azione (volta ad ottenere il risarcimento del danno in base all'*Alien Tort Statute* per un atto di privazione della libertà compiuto in violazione del diritto internazionale) vi è appunto quella sulla natura non giustiziabile dinanzi ai giudici interni delle disposizioni contenute nel Patto (sentenza 29 giugno 2004, in *US Reports: Sosa v. Alvarez-Machain et al.* 542

poste alla Convenzione sulla tortura[44] e a quella sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale[45].

Un ulteriore esempio è dato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea sulla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare: in *Intertanko* la Corte sembra dire che l'effetto diretto non si produce poiché non è ravvisabile una sottostante intenzione dei soggetti, che hanno concorso alla sua formazione, volta a conferire diritti in capo a individui[46].

Per contro, in punto di idoneità di una disposizione a disciplinare relazioni individuali, i giudici internazionali sono più propensi a riconoscere tale carattere. Si può ricordare il caso della *Compétence des Tribunaux de Dantzig*: le divergenze tra Governo Polacco e Città libera di Danzica vertevano *inter alia* proprio sul fondamento giuridico delle rivendicazioni salariali espresse nelle azioni giudiziarie avviate dai funzionari delle ferrovie dinanzi ai tribunali interni sulla base di un accordo internazionale[47]. Nel respingere le obiezioni del Governo polacco che negava in radice l'invocabilità in giudizio della disposizione internazionale[48], la Corte permanente di giustizia internazionale affermò che una disposizione pattizia può creare «des droits et obligations pour des individus … susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux» ove questa conseguenza sia rilevabile dalla «intention des Parties contractantes» come desumibile dall'oggetto e dai «termes du *Beamtenabkommen*»[49]. La volontà delle parti, il tenore generale delle disposizioni e le indicazioni derivate dalla prassi successiva indussero la Corte permanente ad affermare

U.S. 692 (2004), p. 735). Poco prima la Corte aveva optato per un approccio di *judicial restraint* osservando che il Senato statunitense nega usualmente ai giudici «the task of interpreting and applying international human rights law» ivi, p. 728. V. anche la successiva sentenza *Medellín v. Texas* 554 U.S. 759 (2008), p. 2.

[44] L'adesione degli Stati Uniti alla Convenzione contro la tortura del 1984 è corredata della seguente riserva («The Senate's advice and consent is subject to the following declarations: (1) That the United States declares that the provisions of articles 1 through 16 of the Convention are not self-executing», in https://treaties.un.org).

[45] La riserva apposta è identica a quella menzionata nella nota precedente ed è classificata come riserva dal depositario.

[46] Secondo la ricostruzione del contenuto normativo della Convenzione di Montego Bay svolta dalla Corte di giustizia, la Convenzione non recherebbe norme destinate ad «applicarsi direttamente ed immediatamente» ai singoli né a conferire ad essi diritti o libertà che possano essere invocati nei rapporti giuridici interni alle parti contraenti (Corte di giustizia, 3 giugno 2008, causa C-308/06, *Intertanko*, ECLI:EU:C:2008:312, paragrafi 53 a 64). In senso critico a ragione cfr. F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela internazionale dell'ambiente*, Bologna, 2013, p. 176 ss.

[47] *Compétence des tribunaux des Dantzig*, cit., p. 17.

[48] *Compétence des tribunaux des Dantzig*, cit., p. 17 s.

[49] *Compétence des tribunaux des Dantzig*, cit., p. 18.

l'*emprise* di certe prescrizioni dell'accordo internazionale sulle rivendicazioni salariali dei dipendenti delle ferrovie di Danzica [50].

D'altronde non vi è ragione di escludere che l'idoneità della disposizione internazionale a rivolgersi alla sfera individuale si accerti tramite la prassi successiva, intesa nella duplice veste di semplice elemento interpretativo ovvero modificativo dell'accordo[51]. Così potrebbe intendersi la prassi coerente con l'orientamento della Corte internazionale di giustizia in *LaGrand* e *Avena* riguardo alla Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari. Nel definire gli obblighi in capo allo Stato territoriale di permettere ai consolati di entrare in contatto con i propri cittadini detenuti o in stato di arresto e di avvertire *without delay* l'ufficio consolare, la Corte aveva precisato che tali disposizioni si configurano nel contempo quali diritti in capo sia allo Stato di invio, sia – per quel che qui interessa – agli individui interessati. Come ebbe a sottolineare la sentenza *LaGrand*, la disposizione costituisce il fondamento di due distinti diritti soggettivi posti in rapporto di interdipendenza[52]. Il relativo àmbito di applicazione soggettivo è così esteso alla sfera individuale.

Sotto questo profilo, nella prassi giurisprudenziale italiana va ricordato il caso di un accordo internazionale – oggetto di adattamento non con ordine di esecuzione, bensì tramite comunicato diretto a informare gli individui interessati – le cui prescrizioni sono all'origine di diritti e di obblighi non solo per gli Stati contraenti, ma anche per i «beneficiari» individuali che hanno fruito così di diritti soggettivi perfetti verso lo Stato italiano, invocabili davanti alle (e poi realmente attuati dalle) autorità italiane[53]. Interessanti sono altresì l'orientamento della giurisprudenza italiana sul diritto all'equa riparazione per violazione del diritto alla ra-

[50] *Compétence des tribunaux des Dantzig*, cit., p. 20.

[51] Sul ruolo della prassi applicativa quale strumento di integrazione o meramente interpretativo della norma cfr. F. CAPOTORTI, "Sul valore della prassi applicativa dei trattati", in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. I, Milano, 1987, p. 197 ss.; R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, cit., p. 479 ss.; AAVV, *Treaties and Subsequent Practice* (a cura di Nolte), Oxford, 2013, *passim*.

[52] In questo caso il Governo tedesco sosteneva che le norme di un accordo internazionale sulle relazioni consolari che recano certi obblighi di notificazione fossero destinate a conferire diritti individuali, mentre il Governo statunitense contro-deduceva che la titolarità dei diritti derivanti dall'accordo dovesse essere riservata agli Stati contraenti, mentre gli individui ne sarebbero stati al massimo i beneficiari indiretti. La Corte internazionale di giustizia ha dato ragione al Governo tedesco (sentenza *LaGrand* cit., par. 77; similmente, *Avena and Other Mexican Nationals* (*Mexico v. United States of America*), 31 marzo 2004, *I.C.J. Reports*, 2004, p. 12, p. 36). Così anche D. Sloss, *Self-Executing Treaties and Domestic Judicial Remedies*, cit., p. 347.

[53] Tribunale Milano, 18 marzo 1960, in P. PICONE, B. CONFORTI, *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale pubblico*, Repertorio 1960-1987, Napoli, 1988, p. 7.

gionevole durata del processo in ragione anche dell'art. 1 della CEDU[54], quello del Consiglio di Stato francese nel caso *GISTI* sulla non discriminazione di cui a una Convenzione OIL, e quello della giurisprudenza britannica a proposito della Convenzione sui diritti del fanciullo[55].

Nel suo insieme, la prassi suggerisce un'accezione, per così dire, «volontaristico-oggettiva» dell'idoneità di una disposizione internazionale a disciplinare situazioni giuridiche individuali. Occorre che sia rilevabile una corrispondente «intenzione» risultante, espressamente o per interpretazione, dalla disposizione che abbia «voluto conferire» diritti soggettivi agli individui. Nel relativo accertamento l'interprete dovrà applicare le regole generali di interpretazione dei trattati, l'effetto diretto potendo essere ricostruibile in via interpretativa anzitutto ai sensi dell'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 ovvero, secondariamente, escluso o ammesso tramite il ricorso ai lavori preparatori e alle circostanze nelle quali l'accordo è stato concluso. L'«individualizzazione» della norma appare del resto una caratteristica tipica di taluni accordi sulla protezione dei diritti umani[56], la cui idoneità a rivolgersi alle persone può dunque presumersi, sebbene ciò non sia una condizione *ex se* sufficiente per invocarne l'effetto diretto.

La disposizione internazionale ben può dunque incidere sulla sfera individuale e può riguardare sia i rapporti Stato-individuo, sia quelli interindividuali se vi è determinazione in tal senso della disposizione stessa. Per non ricordare che alcune delle fattispecie menzionate poc'anzi, si pensi: ai cittadini stranieri i quali non possono essere sottoposti dallo

[54] Cfr. Cassazione (sezioni unite), 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Foro italiano*, 2006, I, 1423 ss.

[55] Sentenza 11 aprile 2012*, GISTI et FAMIL* c. *France*, in *Oxford Reports on International Law*, Case no 322326. Riguardo alle corti britanniche v. le sentenze della Corte suprema *ZH (Tanzania) v Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 4*,* [2011] 2 AC 166*,* per Baroness Hale, § 23 (https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2010-0002-judgment.pdf); e il caso *HH v Deputy Prosecutor of the Italian Republic, Genoa (Official Solicitor Intervening)* [2012] UKSC 25*,* [2013] 1 AC 338*,* [2012], §§ 33 e 155 (https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2011-0128-judgment.pdf); *Nasreen Akhter v. Mohammed Shabaz Khan* [2018] EWFC 54, par. 68 (https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/08/akhter-v-khan-31.7.18.pdf).

[56] Si pensi all'art. 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma, 4 novembre 1950). Si pensi ancora alla giurisprudenza della Corte Suprema argentina che ha interpretato l'art. 14, par. 1, della Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo quale disposizione produttiva di effetto diretto, la quale non richiedeva dunque specifiche misure di esecuzione interne per essere osservata, nonostante che il diritto di replica della persone offesa tramite il medesimo mezzo di comunicazione sia soggetto alla condizioni che legislatore può prevedere circa l'esercizio del diritto stesso (cfr. sul punto BUERGHENTAL, "Self-Executing Treaties and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law", cit., p. 391).

Stato territoriale a obblighi di leva dovendosi presupporre a tal fine il possesso dello *status civitatis*; ai funzionari di ferrovie di Danzica; e ai cittadini dello Stato protetti dalle norme internazionali sulle relazioni consolari[57]. Si pensi ancora ai risarcimenti dovuti ai passeggeri di vettori aerei previsti dalla Convenzione di diritto uniforme di Montreal. Tuttavia, come si è visto, l'effetto diretto può essere in radice escluso dalla determinazione negativa espressamente o implicitamente deducibile dalla disposizione e dal contesto in cui è racchiusa. In principio il medesimo risultato può comunque essere prodotto in via unilaterale tramite riserva.

Nella misura in cui la determinazione di rivolgersi alla sfera individuale sia ricostruibile per interpretazione, la prassi si presta ad essere intesa nel senso che un elemento di «volizione» sia «oggettivamente rilevabile» dalla disposizione. Si consideri che la portata normativa di un accordo internazionale e del diritto consuetudinario è il riflesso di un esito ermeneutico risultante, oltre che dalla buona fede, dal testo (per i trattati) e dal contesto, anche dalla volontà dei soggetti che hanno concorso alla sua formazione. Con riguardo al diritto consuetudinario, ciò non implica l'adesione a concezioni «consensuali» o volontaristiche della consuetudine, l'elemento intenzionale essendo invece riferibile al contenuto della disposizione che abbia voluto o non voluto, tenuto conto dei suoi elementi formativi, indirizzarsi alla sfera delle relazioni individuali.

Del resto, a ben vedere, riguardo al diritto pattizio, la ricerca dell'intenzione comune delle parti di disciplinare i rapporti individuali può desumersi dal rilievo che le regole generali codificate nella Convenzione di Vienna attribuiscono all'oggetto e allo scopo dell'accordo, e dunque alle «finalità che le parti contraenti hanno inteso perseguire» (ciò che nel diritto interno si considera essere la *ratio legis*)[58]. Traccia di tale intenzione comune potrebbe essere espressa, inoltre, nella prassi applicativa dell'accordo[59] e finanche trarsi dall'accordo stesso in virtù della regola secondo la quale uno o più termini della disposizione possano as-

[57] Cfr. ad esempio il parere *Compétence des tribunaux de Dantzig*, cit., p. 18; e Corte di giustizia, 10 gennaio 2006, causa C-344/04, *IATA*, ECLI:EU:C:2006:10, paragrafi 41 e 43.

[58] Non si tratta di privilegiare la concezione volontaristica dell'interpretazione dei trattati, ma semplicemente di tener conto dei criteri in grado di esprimere l'intenzione delle parti contraenti, al di là del ruolo secondario che la Convenzione di Vienna riserva ai lavori preparatori. Sul carattere di relatività dell'approccio volontaristico e di quello oggettivo nell'interpretazione dei trattati cfr. O. CORTEN, "Les techniques reproduites aux articles 31 à 33 des Conventions de Vienne: approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprétation?", in *Revue générale de droit international public*, 2011, p. 351 ss.

[59] Cfr. parere *Compétence des tribunaux des Dantzig*, cit., p. 20.

sumere un contenuto specifico ove si accerti una corrispondente volontà delle parti contraenti.

5. (Segue): *la completezza della disposizione e il ruolo complementare del diritto interno*

Vi è infine l'elemento, essenzialmente di natura oggettiva, incentrato sulla completezza della disposizione, tale essendo quella che è applicabile da un'autorità nazionale appunto perché stabilisce un certo trattamento giuridico nei confronti delle persone così da creare posizioni soggettive nei confronti dei destinatari[60]. L'impostazione metodologica dell'accertamento dell'efficacia diretta implica a rigore, logicamente, la verifica della lettura sistematica della disposizione al fine di identificarne significato e portata. Senza tale passaggio non si può stabilire che la disposizione è pertinente al caso di specie, oltre all'accertamento di tutte le conseguenze riferibili alla fattispecie concreta[61]. A tale esito si giunge, come si è visto in precedenza, sulla base dell'interpretazione della disposizione internazionale secondo le regole ad essa proprie. Al riguardo è da evidenziare la tendenza della giurisprudenza nazionale a considerare complete le disposizioni che si risolvono in un obbligo di non fare, dato che la loro osservanza non richiede alcun ulteriore intervento legislativo[62].

Tuttavia, non vi è motivo per escludere che, nel determinare le conseguenze della disposizione *extra ordinem*, l'autorità interna possa avvalersi delle precisazioni offerte dalla *lex fori*, potendo anzi quest'ultima,

[60] Cfr. ad esempio Corte cost., 10 marzo 1966, n. 20, in *Rivista di diritto internazionale*, 1966, p. 390. Se ad esempio una norma pattizia prevede l'esenzione da imposte non occorre una ulteriore attività legislativa per completare e rendere operante la norma stessa, la quale è così suscettibile di applicazione immediata: Tribunale Torino 7 novembre 1966, *Weil c. Min. Finanze*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1968, p. 124; v. anche Cassazione, 10 novembre 1993, n. 9459, *Armenio c. Soc. Caremar*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 807 ss. relativamente a norme ritenute programmatiche di una Convenzione stipulata in ambito OIL.

[61] Ciò è particolarmente evidente nel parere *Compétence des tribunaux des Dantzig*, cit., p. 18.

[62] Si pensi alla consuetudine che, nel vietare l'imposizione di obblighi di leva a cittadini di Stati terzi, possiede un dato precettivo ritenuto sufficientemente chiaro e preciso: Corte costituzionale 15 maggio 2001, n. 131, cit.; nonché Cassazione, 20 ottobre 1976, n. 3616, P. PICONE, B. CONFORTI, *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale pubblico*, cit., p. 39. Per la giurisprudenza belga si veda ad esempio E. DE WET, "The Reception Process in Netherlands and Belgium", in *A Europe of Rights,* cit., p. 244 s. e 253 s.

complessivamente considerata, concorrere a definire il grado di compiutezza della disposizione internazionale in tutti i suoi effetti concreti[63]. Ne segue che il relativo accertamento, pur presupponendo il ricorso alle regole interpretative del diritto internazionale, si articola in una operazione che postula un parametro di riferimento binario: da un lato, la disposizione internazionale e, dall'altro, il diritto interno. In altre parole, pur essendo l'effetto diretto questione *in primis* di natura internazionalistica nelle prime due fasi in cui si articola il relativo accertamento, non va esclusa la sussistenza di tale carattere in capo a una disposizione che sia integrata, in suoi frammenti normativi mancanti, dal modo d'essere dell'ordinamento interno complessivamente considerato. Quest'ultimo, completando la disposizione di uno o più elementi necessari alla sua concreta applicazione, può contribuire a puntualizzare l'efficacia della medesima nell'ordinamento interno.

Significativo al riguardo è l'orientamento giurisprudenziale concernente talune disposizioni della Convenzione di Montreal, produttive di effetto diretto, sul diritto al risarcimento del danno a carico del vettore in caso di ritardo nel trasporto aereo di passeggeri, bagagli o merci[64]. Ora la Corte di Cassazione include nella nozione di responsabilità del vettore aereo per la perdita del bagaglio del passeggero sia il danno patrimoniale, sia quello non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 c.c. ove, s'intende, nella fattispecie riceva applicazione il diritto italiano[65]. La complementarità della disposizione normativa statale preesistente rispetto alla norma internazionale nulla toglie alla definizione dell'effetto diretto quale que-

[63] Resta salva peraltro l'ipotesi delle norme contenute in convenzioni internazionali che disciplinano un comportamento penalmente rilevante senza predisporre le relative sanzioni. In tal caso occorre che lo Stato italiano adotti in via ordinaria le norme di attuazione, non essendo sufficiente l'ordine di esecuzione: cfr. la giurisprudenza riprodotta in P. PICONE, B. CONFORTI, *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale pubblico*, cit., p. 29 s. Sulla funzione integratrice del diritto interno previgente rispetto alla norma internazionale incompleta vi è consenso in dottrina: di recente C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, cit., p. 232 e in precedenza i volumi di L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali*, Padova, 1974, p. 47 ss. e A. NOLLKAEMPERER, *National Courts and the International Rule of Law*, cit., p. 10 ss. e 44 ss.

[64] Cfr. la sentenza 10 gennaio 2006, causa C-344/04, *IATA*, cit., paragrafi da 39 a 44.

[65] Cassazione (sez. III civ.), 14 luglio 2015 n. 14667, in https://dejure.it. Così facendo, la Cassazione si è allineata alla giurisprudenza della Corte di giustizia (v. ad esempio la sentenza del 6 maggio 2010, causa C-63/09, *Walz* c. *Clickair SA*, ECLI:EU:C:2010:251, paragrafi 17-29), che ha interpretato l'art. 22, n. 2, della Convenzione di Montreal del 1999, nel senso che la nozione di «danno», ai fini della limitazione della responsabilità del vettore aereo (in particolare, nella fattispecie relativa alla perdita del bagaglio), includa tanto il danno materiale, quanto il danno morale in una logica di complementarità della disciplina nazionale sulla responsabilità civile.

stione disciplinata *in primis* dal diritto internazionale[66]. L'intervento integrativo della disciplina interna completa, e per alcuni versi attua, l'obbligo internazionale aggiungendovi i profili di danno morale, se dimostrati dall'interessato nel processo. La disciplina nazionale assume un ruolo complementare rispetto a quella internazionale poiché concorre a definire i contorni della responsabilità civile come delineati dalla seconda[67].

Resta infine da rilevare, per completezza di analisi, che una disposizione internazionale incompleta nei suoi contenuti può spiegare nell'ordinamento interno effetti diversi da quelli relativi all'incidenza sulle relazioni individuali. Si potrebbe definirli effetti indiretti: si pensi alla norma internazionale suscettibile di incidere sull'interpretazione del diritto interno ovvero a quella che realizzi un effetto preclusivo, di *pre-emption*, sulle autorità nazionali che siano gerarchicamente subordinate, nella loro attività di produzione normativa, all'istituzione che ne abbia stabilito previamente l'operatività nell'ordinamento interno[68].

6. L'operazione argomentativa sottostante all'accertamento dell'efficacia diretta quale strumento volto a garantire alla disposizione internazionale il massimo effetto utile

Come si è visto, affinché sia suscettibile di prodursi, l'effetto diretto presuppone un passaggio interpretativo della disposizione sulla base degli strumenti propri del diritto internazionale. Peraltro, il relativo accertamento non postula in sé un metodo esclusivamente ermeneutico. L'effetto diretto appare piuttosto il risultato di un'operazione complessa, una sorta di un «meccanismo di approssimazione per gradi», di natura ermeneutico-argomentativa, utile a superare, come mostra la prassi, le

[66] Sottolineano il rapporto di complementarità e interdipendenza tra l'ordine giuridico interno e quello della comunità internazionale, P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, cit., p. 463.

[67] Il giudice italiano accoglie un'interpretazione costituzionalmente volta a proteggere la persona dall'illecito che risulti, nei casi previsti dalla legge, gravemente lesivo di diritti inviolabili della persona. Nell'orientamento consolidatosi a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione (sezioni unite), 11 novembre 2008, n. 26972 (in *www. federalismi.it*, n. 22 -19/11/2008), si parla di «diritto vivente» ossia di una norma volta a consentire la risarcibilità del danno non patrimoniale nei soli casi «previsti dalla legge», inclusa l'ipotesi di fatto illecito gravemente lesivo, come tali oggetto di tutela costituzionale.

[68] Cfr. L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali*, cit., p. 47 ss.; J.J. PAUST, "Self-Executing Treaties", cit., p. 781 s.

aporie o le incertezze applicative che possono sussistere tra la disposizione internazionale e il diritto interno.

In questa prospettiva, il presupposto materiale dell'efficacia diretta è spesso dato o dalla difformità del diritto interno rispetto all'obbligo internazionale o comunque dall'assenza di misure di attuazione specifica della disposizione internazionale nell'ordinamento di ricezione della stessa. La ragion d'essere dell'effetto diretto di una disposizione si profila in pratica allorché la stessa obblighi lo Stato sul piano internazionale, benché non sia stata accompagnata da specifiche misure interne di recepimento (abrogative, modificative o integrative) che ne avrebbero permesso la puntuale osservanza sul piano nazionale chiarendone tutti i profili applicativi[69]. L'accertamento dell'effetto diretto, a condizione che la norma sia completa nei suoi elementi essenziali sulla base del duplice parametro di riferimento di cui si è detto, tende dunque spesso a supplire all'inerzia degli organi interni che avrebbero dovuto adottare le opportune misure per conformarsi alla norma internazionale: assume pertanto rilievo a prescindere da quelle misure ovvero là dove esse siano incomplete.

L'oggetto della verifica è costituito dalla disposizione interna di adattamento ove si preferisca la tradizionale visione produttivistica del meccanismo di trasposizione[70] ovvero, meno artificiosamente, dalla stessa disposizione internazionale qualora si ritenga che essa conservi la sua giuridicità quando è applicata nell'ordinamento interno[71]. È peraltro ra-

[69] Nella sentenza relativa all'incostituzionalità di un d.P.R. del 1964 che non esentava dall'obbligo di leva militare coloro che avevano perduto la cittadinanza italiana a seguito dell'acquisto di quella di uno Stato terzo, la Corte costituzionale sembra giungere a tale conclusione dopo aver verificato l'incoerenza della norma interna con la disposizione di diritto internazionale «generalmente riconosciuta» che impone di non assoggettare a obblighi militari i cittadini di Stati terzi (Corte costituzionale n. 131/2001, cit.).

[70] D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1928, p. 33 ss.; ID., *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, Zanichelli, 1905, pp. 43 e 109. La funzione produttiva dei meccanismi di adattamento sembra essere un'evoluzione soprattutto della dottrina successiva (T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, vol. II, Padova, 1962, p. 8 s.; G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, cit., p. 84 ss.) posto che nei casi in cui Anzilotti sosteneva che il giudice facesse applicazione della norma internazionale in via incidentale o pregiudiziale, ciò avvenisse senza «trasformazione» (D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 179-182).

[71] Lo strumento di adattamento operante mediante rinvio non determinerebbe quindi alcuna trasformazione della norma internazionale in regola interna, ma si limiterebbe a riconoscere giuridicità al diritto internazionale. Se ciò è evidente quando il giudice statale, chiamato ad applicare un trattato internazionale, debba preliminarmente accertarne la validità secondo il diritto internazionale, non è irragionevole sostenere tale prospettiva in generale. Un cenno in questa direzione sembra potersi rinvenire nella sentenza della Corte costituzionale n. 238/2014, par. 3.2 «in diritto». Secondo A. NOLLKAEMPERER, *Natio-*

gionevole assumere che, se accertato, l'effetto diretto consiste nel far sì che la disposizione internazionale «in quanto tale» si possa concretizzare in una «norma» che, sul piano interno, spiega la sua efficacia sugli individui costituendo, modificando o estinguendo le rispettive situazioni giuridiche soggettive. L'efficacia diretta della disposizione (internazionale) non avrebbe invece ragione di essere, per evidenti motivi, qualora il diritto interno offrisse sul piano dei diritti individuali una protezione equivalente o maggiore[72].

Al pari di qualunque altra, la disposizione internazionale è applicabile da un giudice interno in quanto *iura novit curia*, nonché da altri organi statali o operatori del diritto[73]. Come si è visto, può altresì accadere che la norma sia previamente applicata dal giudice internazionale che sia stato investito di una controversia tra Stati, di cui ad esempio uno agisca in protezione diplomatica dei suoi individui o di una sua società, a tutela quindi dei diritti che gli spettano in quanto soggetto internazionale leso dalla condotta illecita dell'altro, assumendosi che quest'ultimo abbia violato la prescrizione internazionale[74]. In questo caso, il giudizio internazionale può apportare chiarimenti essenziali e vincolanti circa la valenza della norma sul piano delle situazioni giuridiche individuali. Ciò

nal Courts and the International Rule of Law, cit., p. 118, l'avvenuta trasformazione della norma internazionale in disposizione interna non darebbe luogo a un fenomeno di effetto diretto vero e proprio. L'autore sembra riferirsi all'ipotesi che qui qualifichiamo come adattamento ordinario.

[72] Un esempio è fornito dalla situazione sulla quale si è pronunciata la Corte costituzionale nella sentenza 22 ottobre 1999, n. 388 (ECLI:IT:COST:2016:242), in cui essa ha respinto perché infondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione processuale sull'accertamento tecnico preventivo che il giudice rimettente riteneva violasse l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sulla durata ragionevole del processo. Secondo la Consulta, tale disposizione poteva essere interpretata in coerenza con l'art. 2 Cost. e con il sistema dei principi costituzionali che garantiscono la tutela giurisdizionale: l'accertamento tecnico preventivo, così come previsto dal codice di procedura civile, comprende tutti gli elementi conoscitivi considerati necessari per le valutazioni da svolgersi successivamente nel giudizio di merito.

[73] Le radici dottrinali della concezione accennata nel testo possono ricondursi agli scritti di teoria generale di S. ROMANO, (*L'ordinamento giuridico*[2], Firenze, 1951 (ristampa), p. 85 ss., e *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983 (ristampa), pp. 19 ss. e 212 s.) il quale, pur muovendo da una logica di separazione tra ordinamento interno e ordinamento internazionale (*Corso di diritto internazionale*[2], Padova, 1929, p. 42 ss.), respinse l'esclusività e l'unicità degli ordinamenti statali negando altresì la natura produttivistica dei rinvii del diritto interno al diritto internazionale e al diritto straniero (ivi, p. 46). Anche H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 333, sosteneva che «il diritto internazionale è diritto nello stesso senso del diritto statale».

[74] In *Avena and Other Mexican Nationals* (*Mexico v. United States of America*), cit., p. 36, la Corte internazionale di giustizia considerò i diritti individuali e quelli dello Stato messicano come interdipendenti ed egualmente violati dalla condotta statunitense.

prescinde dal fatto che la pronuncia definisca la controversia interstatale o – considerata la competenza del giudice internazionale – la responsabilità dello Stato verso l'individuo. Qualora il giudice internazionale non si pronunci sulla c.d. *Drittwirkung* come talvolta accade in materia di accordi sulla protezione dei diritti umani[75], i diritti interindividuali garantiti dalla norma internazionale possono realizzarsi sul piano dell'ordinamento interno nel quale dunque è destinata a porsi la questione dell'efficacia diretta.

La tematica dell'effetto diretto non è senza conseguenze sull'organo interno. È ragionevole ritenere che questi sia tenuto a servirsi di tale tecnica argomentativa al fine di garantire il massimo effetto utile alla disposizione internazionale, beninteso ove l'esito dell'accertamento sia positivo, così da consentire alla disposizione internazionale di conseguire la maggiore effettività possibile[76]. Se infatti la buona fede qualifica non solo l'attività di interpretazione del diritto internazionale che impone una certa condotta, ma anche la sua esecuzione sul piano interno, ne segue che l'efficacia della disposizione internazionale sarebbe ridotta se alle persone fisiche e giuridiche fosse in principio preclusa la possibilità di avvalersi della stessa dinanzi alle autorità nazionali e a queste ultime di svolgere il relativo accertamento. Qualora la disposizione internazionale sia stata concepita per disciplinare relazioni giuridiche individuali, il potere dei singoli di avvalersene dinanzi alle autorità nazionali è insomma da presumersi, posto che l'ordinamento statale, nel recepirla, dovrebbe riconoscerle gli effetti e le qualità che ad essa sono stati impressi dai soggetti internazionali che hanno concorso alla sua creazione[77].

Del resto, l'efficacia della disposizione internazionale sul piano in-

[75] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 giugno 2001, *VgT Verein Gegen Tierfabriken v. Switzerland*, ricorso n. 24699/94, paragrafi 46 e 47, in https://hudoc.echr.coe.int.

[76] Ciò pare implicito nei passaggi giurisprudenziali della Corte costituzionale italiana che impongono, seppure nei limiti di cui si dirà nel paragrafo successivo, al giudice interno di assegnare alla disposizione nazionale un significato conforme a quella internazionale. Comunque sia, la Corte costituzionale italiana ha anche esplicitamente ritenuto che il giudice interno ha il dovere di evitare la violazione degli obblighi imposti da disposizioni internazionali (v. ad esempio le sentenze 7 aprile 2017, n. 68, ECLI:IT:COST:2017:68, par. 7 «in diritto»; 11 maggio 2017, n. 109, ECLI:IT:COST:2017:109, par. 3.1 «in diritto»).

[77] In materia di protezione convenzionale dei diritti umani si pensi al divieto di qualsiasi forma di discriminazione (in virtù ad esempio dell'art. 24, par. 1 del Patto sui diritti civili e politici) che è in sé perfettamente suscettibile di produrre effetti diretti in capo agli individui. In tal senso v. la sentenza del Consiglio di Stato olandese in *A v Minister of Immigration and Integration*, Administrative appeal, 200505825/1, (JV) 2006, 23, ILDC 550 (NL 2005), 29 novembre 2005, in *Oxford Public International Law*, Official Case No 200505825/1.

terno non è disgiunta da una dimensione di responsabilità che si collega in genere al funzionamento di qualunque regola giuridica[78], l'efficacia diretta essendo lo strumento che permette, a certe condizioni, anche di evitare la responsabilità internazionale nel caso di specie. Se infatti si ritiene che il giudice nazionale o altro organo interno, pur non essendo destinatario diretto (in una logica prettamente dualista) dell'obbligo contenuto nella disposizione internazionale, debba comunque adoperarsi per evitare che lo Stato di cui è organo incorra in responsabilità[79], la disposizione stessa si presta a spiegare i suoi effetti in un procedimento amministrativo o in un giudizio interno. Con l'ulteriore conseguenza che l'autorità statale è tenuta a compiere ogni sforzo argomentativo per rendere possibile l'applicazione di quella stessa disposizione ai rapporti tra pubblica autorità e individuo e nelle relazioni orizzontali (interindividuali).

La verifica dell'effetto diretto si profila pertanto quale vincolo – sia esso ricollegabile direttamente all'ordinamento internazionale o se si preferisce, all'opposto, alle corrispondenti norme interne di adattamento – indirizzato agli organi nazionali, *in primis* ai suoi giudici, tendente a superare le aporie, spesso fisiologiche nell'attuale composita articolazione delle fonti internazionali e di quelle interne[80]. In punto di stretto diritto tale assunto è giustificato da almeno due motivi: da un lato, la condotta dell'organo amministrativo o giudiziario è certamente imputabile allo Stato, concorrendo a determinarne la responsabilità in caso di violazione dell'obbligo sottostante[81]; dall'altro, sempre ai fini della responsabilità

[78] Cfr. ad esempio in materia di diritti umani il volume collettaneo *Between Rights and Responsibilities. A Fundamental Debate* (a cura di Parmentier, Werdmölder e M. Merrigan), Cambridge, 2016.

[79] Nelle le misure provvisorie adottate nell'ordinanza 3 marzo 1999, *LaGrand* (*Germany v. United States of America), Provisional Measures, I.C.J. Reports*, 1999, p. 9, p. 16, par. 28, la Corte internazionale di giustizia ritenne invece che il Governatore dell'Arizona fosse obbligato ad adottare condotte conformi agli obblighi internazionali gravanti sugli Stati Uniti. Analogamente si è pronunciata la Corte Costituzionale tedesca (BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 - 2 BvR 1481/04 - Rn. (1-73), http://www.bverfg.de/e/rs20041014_2bvr148104.html, par. 67. In dottrina v. NOLLKAEMPERER, *National Courts and the International Rule of Law*, cit., pp. 42-44.

[80] Del resto, nell'ordinamento internazionale il primato delle fonti internazionalistiche «over domestic law» è considerato un suo «fundamental principle» (Corte internazionale di giustizia, 26 giugno 1988, *Applicability of the obligation to arbitrate under section 21 of the UN headquarters agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports*, 1988, p. 34, par. 57). Si veda anche l'affermazione del giudice Spencer resa nella sua opinione dissenziente nella sentenza 28 novembre 1958, *Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands* v. *Sweden), I.C.J. Reports*, 1958, p. 55, a p. 125 s.

[81] Cfr. Corte internazionale di giustizia, ordinanza 3 marzo 1999, *LaGrand (Germany*

dello Stato, è noto che nell'ordinamento internazionale l'irrilevanza del diritto interno assume natura strutturale posto che la qualificazione dell'illecito internazionale è indipendente dalla diversa valutazione della condotta ai sensi del diritto interno e, in ultima analisi, dalla volontà dello Stato. In linea di principio dunque l'organo interno non dovrebbe opporre al singolo la carente o l'erronea attuazione della norma internazionale nel diritto interno, l'obbligo assunto sul piano internazionale determinando una sorta di *estoppel* (*non concedit venire contra factum proprium*). In altri termini, il rispetto dell'obbligo internazionale sottostante all'invocazione dell'effetto diretto induce a ritenere che il relativo accertamento non debba essere escluso, salvi i casi in cui il primato del diritto interno sia sancito da un supremo giudice nazionale o da ragioni connesse alla gerarchia delle fonti.

In definitiva, quale che sia la prospettiva preferibile, l'effetto diretto della disposizione internazionale che sia suscettibile di tradursi in una regola applicabile al caso concreto, può ritenersi l'esito di una verifica «imposta» al giudice e più in generale ad ogni altro organo statale chiamato ad applicarla[82]. Neppure l'autorità amministrativa dovrebbe sottrarsi aprioristicamente al vincolo di applicazione della norma internazionale. Se è vero che, in molti ordinamenti, incluso quello italiano, il principio di legalità è immanente al diritto amministrativo[83], così che il potere dell'amministrazione debba trovare esplicito fondamento in una «norma di legge», non sembrano esservi ragioni per non includere in questo paradigma le disposizioni che abbiano ricevuto ingresso nell'ordinamento interno in virtù di obblighi internazionali dello Stato. Istruttivo è il caso *Baker v. Canada* in cui la Corte Suprema canadese annullò il provvedi-

v. United States of America), Provisional Measures, cit., par. 28 e l'art. 4 del progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati. Come rilevato dalla Commissione del diritto internazionale, appartiene al diritto consuetudinario la regola che imputa allo Stato sia l'atto esecutivo, sia quello giudiziario posti in essere dai suoi organi (v. *Commentaries to the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts* (adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001) – *Report of the ILC on the work of its Fifty-third Session, Official Records of the General Assembly, Fitfty-sixth session, Supplement No. 10* (A/56/10), chp.IV.E.2, p. 86 s.).

[82] In questa prospettiva non varrebbe negare l'invocabilità di una disposizione internazionale dinanzi alle autorità amministrative in ragione del fatto che ciò sarebbe incompatibile con l'obbligo, loro imposto in taluni ordinamenti nazionali, di sottoporsi esclusivamente alle norme statali. L'argomento sarebbe al limite prospettabile in un contesto ordinamentale rigidamente dualista nel quale le esigenze interne di coerenza con gli obblighi internazionali fossero secondarie.

[83] Cfr. art. 1 della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo e, seppure indirettamente, art. 113 Cost. da cui si può desumere che, in materia di *justiciability* degli atti amministrativi, il giudice debba assumere la legge quale parametro di sindacabilità degli atti impugnati.

mento amministrativo di espulsione di una straniera poiché l'autorità aveva omesso di valutare il supremo interesse dei figli minori della donna: secondo la Corte, il potere discrezionale riservato all'autorità dalla nozione di «humanitarian and compassionate considerations» inerente ai procedimenti di espulsione avrebbe dovuto indurre l'amministrazione a verificare quell'interesse, nonostante che la normativa nazionale sull'immigrazione non fosse stata allineata alla Convenzione sui diritti del fanciullo[84].

7. La questione del primato della norma internazionale produttiva di effetto diretto sul diritto interno incompatibile

Se l'efficacia diretta, e quindi tanto l'invocabilità dinanzi alle autorità amministrative, quanto l'azionabilità in giudizio, sono caratteri «inerenti» alla disposizione internazionale che soddisfi certi requisiti, quest'ultima è in via tendenziale destinata a ricevere concreta applicazione nell'ordinamento interno. Se ciò si verifica, si realizza la funzione sociale del diritto internazionale o, se si vuole, delle sue regole di struttura o costituzionali[85].

Se uno Stato non può invocare il diritto interno per giustificare l'inadempimento della disposizione internazionale, l'organo statale è in principio tenuto a salvaguardare le situazioni giuridiche soggettive garantite dall'ordinamento internazionale. In questa logica, l'effetto diretto può essere concepito quale meccanismo di *enforcement* individuale della disposizione internazionale appunto perché essa diviene invocabile dinanzi a un'autorità pubblica o in giudizio avverso le disposizioni normative interne contrastanti, opponendosi all'applicazione di queste ultime. Come rilevato, l'esigenza di non riconoscere priorità a una disposizione di legge contrastante con una disposizione internazionale produttiva di effetto diretto si profila anche per l'autorità amministrativa, non essendovi ragione per escludere tale obbligo almeno negli ordinamenti nei quali l'accertamento del diritto da applicare alla fattispecie è compito imposto all'organo investito di potestà amministrativa.

Tuttavia, per varie ragioni non può darsi una risposta univoca alla questione della preminenza della norma internazionale sul diritto interno con essa contrastante. Per esempio, l'accordo internazionale potrebbe

[84] Corte Suprema canadese, 9 luglio 1999 n. 25823, *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 SCR 817.

[85] Cfr. F. CAPOTORTI, *Corso di diritto internazionale*, Milano, 1995, p. 83.

non essere applicabile nell'ordinamento interno perché sono state violate le norme costituzionali sulla competenza a stipulare o quelle che impongono l'adempimento di certi oneri di pubblicazione[86], indipendentemente dalla situazione di responsabilità internazionale che ne potrebbe derivare; ovvero perché la norma internazionale, benché di diritto consuetudinario cogente, incontri un «limite all'ingresso» nei principi costituzionali fondamentali posti a garanzia dell'individuo, come si verifica ad esempio nell'ordinamento italiano riguardo al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*[87]. Potrebbe inoltre accadere che il diritto interno sia inconciliabile con una disposizione pattizia al punto che l'antinomia non sia superabile tramite interpretazione conforme.

Più in generale, il primato del diritto internazionale non è postulabile in assoluto nella sua intersezione con l'ordinamento interno poiché le ragioni di quel primato nei sistemi dualisti non poggiano sul diritto internazionale, bensì sul diritto interno[88] o sull'assenza di limiti da esso imposti[89]. In effetti, salvo che quest'ultimo non assuma una postura puramente monista «internazional-centrica», la risposta dipende, in ultima analisi, dal modo d'essere del diritto interno che può porre restrizioni all'ingresso della disposizione internazionale. Ne costituisce un chiaro esempio la sentenza del Consiglio di Stato francese nel celebre caso

[86] Cfr. la prassi del Consiglio di Stato francese criticata, perché fondamentalmente dualista, da P.-M. DUPUY, Y. KEBRAT, *Droit international public*, cit., p. 477 ss., sebbene almeno in *GISTI* il Consiglio di Stato mostri maggiore apertura.

[87] Come nel caso del divieto internazionale di tortura, pur previsto da «una norma di jus cogens valevole per tutti gli Stati della comunità internazionale» per il quale occorre l'adozione nell'ordinamento italiano di una norma incriminatrice: Cassazione (sez. VI pen.), 12 novembre 2014, n. 46634, in *Cassazione penale,* 2015, p. 1937 ss.

[88] Si tratterebbe di una necessità secondo C. WALTER, "International Law in a Process of Constitutionalization", in *New Perspectives on the Divide Between National Law & International Law*, cit., p. 191 ss., a p. 206.

[89] Nell'ordinamento svizzero, ad esempio, pur muovendosi da una logica *lato sensu* monista «internazional-centrica» fondata sull'art. 5, par. 4 della Costituzione, il Tribunale Federale ammette eccezioni al primato del diritto internazionale là dove il legislatore abbia così determinato (c.d. giurisprudenza *Schubert*), benché sia sempre garantito il primato delle norme convenzionali sui diritti umani (c.d. giurisprudenza *PKK*): cfr. *Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 13.3805*, cit., p. 7. Nell'ordinamento tedesco la Corte costituzionale muove tradizionalmente da una posizione dualista: cfr. ad esempio BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 - 2 BvR 1481/04, cit., par. 34 e in particolare il par. 35 in cui la Corte sottolinea la possibilità, in sé eccezionale, di inosservanza della norma internazionale se ciò è l'unico modo per evitare la violazione dei «Grundsätze der Verfassung»; più di recente BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 - 2 BvL 1/12 -, Rn. (1-26), in http://www.bverfg.de, in cui ha stabilito che a norma dell'art. 59, par. 2, del *Grundgesetz*, i trattati acquisiscono in principio il rango di legge ordinaria, potendo dunque essere derogati dalla norma interna successiva.

Aquarone[90]. Anche negli ordinamenti che si informano all'automatica equiparazione della prescrizione internazionale al diritto interno, ciò non reca necessariamente con sé il primato della prima sul secondo con essa difforme[91].

La stessa giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, allorché afferma l'efficacia diretta in capo ai singoli di una consuetudine internazionale[92], non le garantisce per definizione il primato. La Consulta ha chiarito che, traendo il suo fondamento dal diritto interno e in particolare dall'art. 10, 1° comma, Cost., la primazia della regola consuetudinaria resta subordinata all'insussistenza di un contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale, la cui verifica è riservata al giudice delle leggi, che pongono un limite all'ingresso della norma internazionale escludendo l'operatività del rinvio[93]. Riguardo invece al rapporto tra regole pattizie e diritto interno[94], se si muove dalla qualificazione delle prime quali norme interposte in virtù dell'art. 117, 1° comma Cost.[95],

[90] Sentenza 6 giugno 1997 (Ass.), n. 148683, in *Revue générale de droit international public*, 1997, p. 838; cfr. in argomento D. ALLAND, *La coutume international devant le Conseil d'État : l'existence sans la primauté*, ivi, 1998, p. 1054. L'efficacia della consuetudine internazionale – quale presupposto per il sorgere della responsabilità dello Stato francese per fatto lecito (dovuto proprio all'applicazione della regola che stabilisce l'immunità dall'esecuzione nei confronti di uno Stato straniero) – è sottesa alla sentenza del Consiglio di Stato francese nel caso *Saleh et. a*., 14 ottobre 2011, n. 329788, 329789, 32790 e 32791 in www://legifrance.gouv.fr.

[91] Cfr. ad esempio con riguardo all'ordinamento elvetico THURNERR, « The Reception Process in Austria and Switzerland », in *A Europe of Rights*, cit., p. 329 s. Più drastico è l'orientamento assunto dalla giurisprudenza statunitense a proposito della *Supremacy Clause* (i trattati sono la *supreme law of the land*) nel quale le leggi successive all'accordo prevalgono sullo stesso ovvero si impedisce di avvalersi in giudizio della norma pattizia con varie argomentazioni.

[92] Nella sentenza relativa all'incostituzionalità della norma interna che non esentava dall'obbligo di leva militare coloro che avevano perduto la cittadinanza italiana a seguito dell'acquisto di quella di uno Stato terzo, la Corte costituzionale fece prevalere la consuetudine internazionale dopo aver verificato l'incoerenza della norma interna con la disposizione «generalmente riconosciuta» che impone gli Stati a non assoggettare a obblighi militari i cittadini di altri Stati sulla base di un approccio che si fonda su ragioni interne (sentenza n. 131/2001, cit.). Tuttavia la ragione del primato va piuttosto individuata nel modo d'essere del diritto interno, in cui è racchiuso lo strumento di adattamento, che eleva la consuetudine al rango di norma tendenzialmente apicale dell'ordinamento nazionale, seppure nei limiti imposti dai valori supremi e inviolabili della Costituzione.

[93] Cfr. F. SALERNO, *Diritto internazionale*, cit., p. 419 ss. (anche per i riferimenti giurisprudenziali) che ricostruisce sinteticamente la scelta dualista del Costituente a proposito dell'art. 10, 1° comma Cost.

[94] Ciò a prescindere da quelle che fruiscono di una particolare garanzia *ex* artt. 7 (i Patti Lateranensi e il Concordato) e 11 Cost. (l'apertura al processo di integrazione europea e alla Carta delle Nazioni Unite).

[95] Così Corte costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 348 (ECLI:IT:COST:2007:348) e n. 349 (ECLI:IT:COST:2007:349). Sul piano concettuale, per le ragioni chiarite nel testo,

l'effettività della disposizione internazionale è ancor più ridotta. Le prime potranno prevalere «verso il basso» se la legge di adattamento al trattato è posteriore alla legge interna difforme e, nel caso opposto, se la dissonanza con norme di legge sia risolvibile in via interpretativa potendosi attribuire alla disposizione interna un significato aderente a quella convenzionale, purché l'esito non sia «eccentrico» rispetto alla lettera della legge[96]. L'art. 117, 1° comma non permette infatti la disapplicazione della legge interna in via diffusa[97]. «Verso l'alto» la disposizione pattizia (salvo che non fruisca di una garanzia rafforzata per interpretazione della Corte costituzionale, come nel caso degli accordi di codificazione del diritto generale) incontra invece il limite della Costituzione cui l'organo interno deve primaria obbedienza[98]. Nel dubbio dovrà essere previamente sollevata questione di legittimità costituzionale[99]. È plausibile peraltro ritenere che l'incidente di costituzionalità non sia necessario se la disposizione di adattamento al trattato si presti ragionevolmente ad essere interpretata in modo conforme alla Costituzione. Il ruolo nomofilattico della Cassazione non sembra venuto meno con l'introduzione dell'art. 117, 1° comma Cost.

Ai fini che qui interessano, va da sé peraltro che l'eventuale esistenza di un limite costituzionale all'applicazione della disposizione consuetudinaria o pattizia è questione di rilievo perché tale circostanza può impedire in pratica il risultato dell'effetto diretto. L'efficacia del diritto in-

meno convincenti sono i passaggi in cui la Corte sembra legare la produzione di effetti diretti delle norme convenzionali all'assenza del potere del giudice di merito o di legittimità di disapplicare le norme interne contrastanti con le prime (par. 3.3 della sentenza n. 348; par. 6 della sentenza n. 349). Il fatto che il primato non sia assicurato da tale giudice, bensì sia subordinato a un previo giudizio di costituzionalità, non è profilo inerente alla questione della «diretta applicabilità» negli ordinamenti interni di un trattato multilaterale da cui deriverebbero obblighi solo in capo agli Stati contraenti e agli altri organi interni. Come detto, la capacità di una norma internazionale di indirizzarsi, a certe condizioni, alla sfera individuale è questione che attiene *in primis* all'ordinamento internazionale, mentre il problema del primato va considerato alla luce del modo d'essere del sistema giuridico interno.

[96] Cfr. *ex multis* Corte costituzionale, 26 marzo 2015 n. 49 (ECLI:IT:COST:2015:49), par. 4 «in diritto» e giurisprudenza ivi citata che ribadisce il primato assiologico della Costituzione sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

[97] Cfr., tra le altre, Corte costituzionale, 11 maggio 2017, n. 109, cit., par. 3.1 «in diritto». In tal caso, precisa la Corte, va sollevata la questione di legittimità costituzionale.

[98] *Ibidem*.

[99] Se la Corte costituzionale riscontra il contrasto, «ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano» (sentenza 348/2007, cit., par. 4.7 «in diritto»).

ternazionale potrebbe essere fortemente ridotta dal ricorso eccessivo ai limiti all'ingresso imposti alla fonte *extra ordinem*.

Quei limiti non rappresentano tuttavia un elemento caratterizzante del *genus* effetto diretto. Vero è che la disposizione internazionale indirizzata alla sfera interindividuale non è in grado di produrre effetti nell'ordinamento interno se essa rappresenta un elemento di rottura con le fonti supreme dell'ordinamento (non monista) di ricezione: in casi del genere il carattere dell'autosufficienza non è dunque garanzia di applicazione della regola nei rapporti interindividuali appunto perché genera un contrasto insanabile con i valori identificativi di quell'ordinamento come definiti dal supremo organo giurisdizionale di ciascuno Stato[100]. Tuttavia, non vi è motivo per collegare la questione dell'effetto diretto al tema dei limiti dettati dal giudizio di costituzionalità, i quali potrebbero invocarsi anche rispetto alla disposizione non *self-executing*, benché compiutamente attuata e integrata nell'ordinamento interno tramite gli opportuni strumenti di adattamento che non abbiano previamente modificato (beninteso, se nella disponibilità del legislatore) l'assetto costituzionale statale.

8. Riflessioni ricostruttive e conclusive: l'effetto diretto quale «categoria ordinante» del diritto

Nell'ordinamento internazionale l'effetto diretto delle norme *self-executing* è un carattere inerente alle sue regole di condotta che attiene dunque, per usare le categorie filosofiche hartiane, alle disposizioni «primarie», la cui violazione può implicare la responsabilità dello Stato, mentre il meccanismo di accertamento, sopra descritto[101], è accostabile alle regole «secondarie» dell'ordinamento[102]. Quel carattere preesiste, dunque, all'accertamento che ha natura dichiarativa, non costitutiva.

[100] Con riguardo all'ordinamento italiano, si allude ovviamente ai «principi qualificanti e irrinunciabili dell'assetto costituzionale dello Stato» e ai «principi che sovraintendono alla tutela dei diritti fondamentali della persona» (Corte costituzionale, n. 238/2014, par. 3.1 «in diritto», cit.). Paradigmatico è l'esempio della regola consuetudinaria sull'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile dello Stato territoriale con riguardo agli *acta iure imperii* (inclusi quelli che abbiano dato luogo a «death, personal injury or damage to property committed by the armed forces and other organs of a State in the conduct of armed conflict, even if the relevant acts take place on the territory of the forum State» (Corte internazionale di giustizia, 3 febbraio 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, cit., p. 99 ss., p. 135).

[101] *Supra*, par. 2.

[102] H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 77 ss.

In sé il *genus* effetto diretto prospetta l'esistenza di un elemento «proprio» della disposizione, la quale, essendo completa nel suo contenuto prescrittivo, diviene regola *ad singulorum utilitatem*. Il *genus* è così sintetizzabile: testo normativo contenuto in fonti di diritto internazionale il quale possiede determinati requisiti – idoneità a regolare situazioni individuali e completezza di contenuto dispositivo – che le permettono di essere applicato, a divenire regola del caso, nei rapporti Stato-individuo e in principio nelle fattispecie interindividuali (*Drittwirkung*). La nozione di effetto diretto si muove quindi intorno a due poli concettuali: la rilevazione dell'idoneità della disposizione a disciplinare la sfera delle persone (fisiche e giuridiche) e la sua qualità di disposizione autosufficiente anche, se del caso, tramite il contributo integrativo della *lex fori*.

L'effetto diretto è nozione più ristretta di quella relativa all'efficacia di una disposizione internazionale. Il primo è infatti prodotto dalla ricorrenza di requisiti che sono oggetto di un processo logico-argomentativo di accertamento che ruota intorno alla struttura della disposizione internazionale nel suo intersecarsi con il diritto interno nel quale è accolta. La seconda dipende invece dall'inesistenza di ostacoli «esterni» alla disposizione: è ad esempio inefficace la disposizione invalida sul piano internazionale ovvero quella che, pur essendo valida, sia priva di uno strumento di adattamento o recepimento. Nella prospettiva suggerita, la tematica dell'effetto diretto della disposizione internazionale risulta così delimitata e autonoma rispetto alla questione del monismo o dualismo, sebbene la realizzazione di quell'effetto assuma necessariamente le modalità di adattamento quale dato giuridico avverato e dunque «presupposto»[103].

È ragionevole inoltre sostenere che il concetto di effetto diretto perderebbe qualsiasi capacità descrittiva se fosse riferito a una fonte complessivamente considerata, ossia al diritto consuetudinario, a un trattato o agli atti derivanti da accordo[104]. L'accertamento della vocazione della disposizione a spiegare effetti sulle persone fisiche e giuridiche è infatti

[103] *Supra*, par. 1.

[104] Per questo motivo sarebbe poco convincente ammettere o negare in blocco l'idoneità a produrre effetti diretti agli atti normativi delle organizzazioni internazionali, dovendosi tener conto *inter alia* del contesto pattizio nel quale sono previste e della prassi applicativa. In senso contrario non varrebbe obiettare che gli accordi internazionali costitutivi di organizzazioni internazionali non possiedono strumenti adeguati di accertamento della legalità delle fonti derivate, in quanto i giudici interni ben potrebbero verificare la legittimità dell'atto. Riguardo invece alla produzione di effetti diretti degli atti dell'ONU, si è già segnalato che essi sarebbero strutturalmente inidonei ad essere invocati dinanzi alle autorità nazionali da individui (cfr. a titolo esemplificativo Tribunale Trieste, 24 dicembre 1993, cit.).

il risultato di un accertamento, da effettuarsi caso per caso, rispetto a una «singola» prescrizione ancorché considerata nel contesto di riferimento per verificare, tramite anche una lettura sistematica dell'assetto normativo, la sua capacità di produrre effetti diretti.

La determinazione del *genus* in questione si fonda su un processo di astrazione che, muovendo dall'analisi empirica, consente di elaborare una categoria concettuale – l'effetto diretto – volta a definire, nei rispettivi profili sistemici, sia gli aspetti che accomunano le fattispecie dispositive aventi una vocazione ad essere applicate alle persone, sia soprattutto le condizioni giuridiche a cui è in concreto subordinato il prodursi dell'effetto. L'analisi svolta ha messo in luce un *iter* logico-argomentativo di tipo non meccanico, né arbitrario, che gli organi interni sono chiamati a percorrere al fine di assicurare il rispetto dei corrispondenti obblighi internazionali che gravano sullo Stato. La prassi indica lo strumento che presiede alla determinazione del *carattere* in questione. Si possono così delineare i contorni di una teoria, diacronicamente articolata in tre fasi, che abbiamo definito come «meccanismo di approssimazione per gradi all'accertamento dell'effetto diretto»[105]. Naturalmente, la distinzione diacronica in fasi non esclude affatto una relazione di continuità logica e metodologica dell'accertamento[106].

In sintesi, la prima fase attiene all'individuazione delle regole di interpretazione della disposizione internazionale secondo i criteri che le sono propri[107]. Il secondo passaggio riguarda l'idoneità della stessa a disciplinare situazioni giuridiche individuali secondo un'accezione volontaristico-oggettiva[108]. È questo il punto più critico della ricostruzione poiché si ha a volte l'impressione che il giudice interno – colui che è chiamato ad apprestare la garanzia giurisdizionale del diritto in generale, inclusa la disposizione internazionale – mostri un eccesso di deferenza nei confronti dell'autorità governativa per consentirle di definire le conseguenze dell'eventuale inadempimento della disposizione internazionale pattizia. Il controllo giurisdizionale diviene così «cedevole» alle esigenze del negoziato internazionale, della diplomazia, più semplicemente politiche, a scapito dei diritti individuali. Un'analisi più strettamente giuridica, che ruoti intorno ai paradigmi interpretativi posti dal diritto inter-

[105] *Supra*, par. 2.

[106] È concettualmente possibile dire che una disposizione pattizia che conferisca ampi margini di discrezionalità in sede di attuazione nell'ordinamento interno possa essere ritenuta, nel contempo, come rivolta alle sole parti contraenti (seconda fase) e incompleta nel contenuto precettivo poiché difetta di precisione (terza fase).

[107] *Supra*, par. 2.1.

[108] *Supra*, par. 2.2.

nazionale, sarebbe invece auspicabile. La «individualizzazione» di una disposizione è concepibile se – come mostra la prassi internazionale – la disposizione pattizia è in grado di creare situazioni giuridiche individuali suscettibili di essere applicate dai giudici nazionali ove questa conseguenza sia ricavabile per interpretazione dalla disposizione e dal suo contesto[109]. La terza e ultima fase concerne la qualificazione oggettiva della norma come completa e la configurazione, a tal fine, del ruolo complementare assunto dal diritto interno, profilandosi così una sorta di «sinergia» tra la disposizione interna e quella internazionale che si completano e si integrano reciprocamente[110].

Un ulteriore profilo emerso è che la dottrina dell'effetto diretto valorizza, nel contempo, il ruolo dell'individuo e la funzione pubblicistica dell'organo interno. In primo luogo, dunque, la persona la quale vive in un universo giuridico sempre più complesso e composito. A ben vedere l'interessato concorre all'*enforcement* della disposizione internazionale, essendo questa invocata dinanzi a un'autorità pubblica o in giudizio avverso disposizioni interne non collimanti o non correttamente modificate in seguito all'ingresso della disposizione *extra ordinem*. È quindi una forma di efficacia del diritto internazionale che si realizza con l'*actio* dell'interessato, di colui che nell'ordinamento interno, dinanzi alle autorità amministrative o giurisdizionali, riceve una utilità dalla sua applicazione, da essa traendo una situazione giuridica a sé favorevole[111].

Posto che i rimedi procedurali di tipo amministrativo e giurisdizionale sono disciplinati dal diritto nazionale, si potrebbe ritenere che sulla persona gravi l'onere di provare che la disposizione rechi i requisiti che ne permettono l'invocazione diretta dinanzi alle autorità nazionali. Tuttavia, se si assume – come è più corretto sostenere – che l'effetto diretto è un requisito inerente alla disposizione prescrittiva della cui applicazione si discute, è ragionevole assumere che il relativo accertamento debba essere effettuato d'ufficio. Del resto, se è vero che l'organo interno, pur non essendo il destinatario diretto (in una logica marcatamente dualista) dell'obbligo contenuto nella disposizione internazionale, debba adoperarsi per evitare che lo Stato di cui è organo incorra in responsabilità, è logico altresì ritenere che se la disposizione internazionale si presta a spiegare i suoi effetti in un procedimento amministrativo o in un giudizio

[109] *Supra*, par. 2.
[110] *Supra*, par. 3.
[111] D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 52 rilevava che lo «scopo del diritto internazionale, come di ogni altra parte del diritto, è il bene umano nel senso più ampio della parola», pur essendo gli individui l'oggetto del diritto internazionale (p. 87).

interno, l'autorità statale sia tenuta a compiere ogni sforzo argomentativo per rendere possibile l'applicazione di quella stessa disposizione ai rapporti tra pubblica autorità e individuo e nelle relazioni orizzontali, traducendola in norma concreta della fattispecie.

Queste riflessioni conducono a sottolineare l'importanza dell'organo interno e *in primis* dei giudici comuni e di legittimità, del momento giurisdizionale. Entrambi sono chiamati a svolgere un ruolo essenziale nell'interpretazione e nell'applicazione della disposizione del cui effetto si discute poiché la loro attività presuppone una certa sfera di discrezionalità. In caso di filoni giurisprudenziali divergenti spetterà al giudice interno che assicura il compito di nomofilachia ricomporre a unità l'ordinamento. Certamente, l'organo statale incontrerà i limiti all'ingresso della disposizione che siano posti dal suo ordinamento e in particolare dai valori supremi cui esso si informa, posto che – lo si è sottolineato – la questione del primato, in sé concettualmente autonoma, può condizionare «dall'esterno» la produzione dell'effetto diretto nella fattispecie concreta[112]. Tuttavia, l'accurata opera di interpretazione della disposizione internazionale, anche e soprattutto in relazione sinergica con il diritto interno, al fine di risolvere le miriadi di questioni suscettibili di porsi nella sua intersezione con fonti *extra ordinem*, può condurre all'affermazione dell'effetto diretto della stessa, realizzandosi così la funzione per la quale è stata creata.

Perfezionatosi nel tempo con il contributo della prassi internazionale e interna, l'effetto diretto sembra assumere i caratteri di un istituto caratterizzante l'ordinamento internazionale in una chiave più evoluta rispetto al passato. Per i giudici comuni la comprensione della dottrina dell'effetto diretto è insegnamento metodologicamente prezioso, poiché il relativo accertamento permette, a certe condizioni, alla disposizione di realizzare in concreto – divenendo regola del caso, «norma» applicata e attuata – la sua capacità di regolazione delle fattispecie alle quali è rivolta. In questa prospettiva può dirsi che la nozione di norma efficace in capo al singolo è «strumento funzionale» all'esecuzione puntuale (ossia nel caso concreto) degli obblighi posti dalla disposizione internazionale e, in ultima analisi, «categoria ordinante» del diritto. Ricorrendone i presupposti, infatti, la disposizione che reca tale carattere permette ai destinatari della stessa di avvalersene dinanzi agli organi amministrativi e, in particolare, ai giudici nazionali, rivendicando un «bene», di origine internazionale, che appartiene al loro patrimonio giuridico e che l'organo interno è chiamato a garantire.

[112] *Supra*, par. 4.

La categoria dell'effetto diretto favorisce, per il tramite degli operatori giuridici statali, l'osservanza del diritto internazionale da parte dello Stato, assumendo i contorni di uno strumento che intende assicurarne la maggiore effettività possibile[113]. L'influenza della fonte normativa internazionale sul diritto interno è a volte pregnante e apprezzabile solo se si considerano la prassi degli operatori giuridici nazionali e la permeabilità del diritto interno in considerazione anche di filoni giurisprudenziali esterni appunto perché tutti sono chiamati all'applicazione di disposizioni internazionali uniformi. La «categoria ordinante» dell'effetto diretto racchiude non solo la regola del caso concreto o l'abrogazione del diritto preesistente, se consentito dal regime delle fonti, potendo divenire anche la guida nell'interpretazione e nell'attuazione dell'intero assetto ordinamentale.

L'efficacia diretta della disposizione internazionale qualifica l'apertura dell'ordinamento interno in termini di «sinergia» tra sistemi giuridici. Così caratterizzato, l'istituto dell'effetto diretto possiede la capacità di infrangere il velo della carente attività di intermediazione normativa statale di attuazione della disposizione internazionale, così da permetterle di rivolgersi alla «sfera» degli individui spiegando gli effetti per cui essa è stata creata. In un ordinamento nazionale ancorato al concetto dello Stato di diritto, il ricorso alla «categoria ordinante» dell'effetto diretto permette ai giudici interni di contrapporre il «diritto» all'eventuale inerzia dell'autorità statale e, di conseguenza, di rispondere positivamente alla funzione sociale del diritto stesso, incluso quello internazionale, che consiste nell'applicare la norma ai soggetti cui è indirizzata nella misura in cui i giudici nazionali siano indipendenti. In questo senso la disposizione internazionale diviene parte integrante del *corpus iuris* statale, ad esso non contrapposto[114].

Certo, l'applicazione del testo normativo internazionale – collocandosi ancora in un contesto di collaborazione e di riconosciuta interdipendenza degli interessi degli attori statali – resta tuttora spiegabile in chiave di reciprocità (là dove quest'ultima non sia limitata dallo sviluppo delle dottrine degli obblighi *erga omnes* e di quelli *erga omnes partes*). Si è potuto constatare infatti che la tendenza, espressa o implicita, volta a negare la produzione dell'effetto diretto in capo ai singoli intende circoscrivere il *Normbereich* della disposizione corrispondente ai soli rapporti tra Stati. Ciò risponde verosimilmente all'idea che la reciprocità – prin-

[113] Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 340.

[114] Cfr. T. BINGHAM, *The Rule of Law*, London, 2011, p. 110 ss.; K.G. YOUNG, *The World Through the Judge's eye*, in *Australian Yearbook Int. Law*, 2009, p. 27 ss., a p. 42; A. NOLLKAEMPERER, *National Courts and the International Rule of Law*, cit., p. 1 ss.

cipio strutturale dell'ordinamento internazionale – rappresenti ancora la migliore garanzia del rispetto della norma: lasciare all'interprete (al giudice in particolare) e all'azione individuale negli ordinamenti nazionali tale compito può determinare invece fenomeni di applicazione differenziata della disposizione e dunque squilibri tra i soggetti dell'ordinamento internazionale con riguardo al rispetto della norma stessa. Tuttavia, affermare l'effetto diretto dinanzi alle autorità interne di una disposizione internazionale è garanzia di realizzazione della «funzione sociale e ordinante» del diritto rivolto alla sfera individuale[115]. Ciò è di particolare rilievo nella società internazionale in cui lo Stato, pur essendo il produttore e il destinatario primo del diritto, oltre che interprete del medesimo tramite i suoi organi, riconosce al diritto la funzione primordiale di consentire la convivenza tra gli attori della società in un contesto di interessi vieppiù interdipendenti[116].

[115] In questo senso la funzione sociale del diritto, inteso quale strumento di regolamentazione della società internazionale, ossia di una società tra Stati (propria di D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 41), si evolve e assume una valenza più ampia; valenza che, per certi versi, potrebbe ritenersi non estranea al pensiero dello stesso Anzilotti, stando alla ricostruzione di D. ALLAND, *Anzilotti et le droit international public. Un essai*, Paris, 2012, p. 94, là dove l'autore sottolinea come nel pensiero dell'internazionalista italiano non vi fosse un'assoluta impermeabilità tra diritto internazionale e diritto interno. In questa prospettiva possono essere ricordate anche le riflessioni dello studioso italiano circa le ipotesi di applicazione giudiziaria interna del diritto internazionale in via pregiudiziale o incidentale al fine di risolvere le controversie regolate dal diritto interno: D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 159 ss.

[116] R. KOLB, *Théorie du droit international*^{2}, Bruxelles, 2013, p. 247 ss.

REGOLARE LE ANTINOMIE TRA NORME PATTIZIE E NORME DI LEGGE: IL POTERE DEL GIUDICE COMUNE TRA INTERPRETAZIONE CONFORME, CRITERIO DI SPECIALITÀ E CRITERIO CRONOLOGICO

Elisabetta LAMARQUE*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le scarne indicazioni della Corte costituzionale sui poteri interpretativi dei giudici. – 3. Le antinomie tra norme interne e norme pattizie dalla prospettiva dei giudici comuni. Il doppio binario. – 4. (*Segue*): l'interpretazione conforme. – 5. (*Segue*): il criterio cronologico e il criterio di specialità.

1. Premessa

Il presente contributo esamina come i giudici 'comuni', intendendo come tali tutti i giudici italiani diversi da quel giudice 'specialissimo' che è la Corte costituzionale, risolvono in via interpretativa, e quindi da soli, senza interpellare la Corte, le possibili difformità tra quanto dispone la legislazione puramente interna e quanto invece prevede la legislazione (sempre nazionale ma) di origine internazionale, adottata per eseguire gli obblighi internazionali pattizi assunti dallo Stato[1].

* Professore associato nell'Università degli Studi di Milano Bicocca.

[1] Il testo è una versione ampliata e corretta della relazione tenuta dall'autrice al convegno di cui il presente volume raccoglie gli atti. In esso confluiscono le riflessioni già svolte in passato dall'autrice (in particolare in E. LAMARQUE, "Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune", in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009*, Milano, 2010, pp. 97 ss. ed EAD., "Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti", in *Dir. pubbl.*, 2013, pp. 727 ss.). Alcuni degli ampliamenti sono tratti dal più ampio contributo di N. CANZIAN ed E. LAMARQUE, "Due pesi e due misure. I trattati internazionali sui diritti umani e gli altri obblighi internazionali nell'ordinamento italiano", in corso di pubblicazione in *Rivista Aic*.

L'argomento discusso nel testo è al confine tra le discipline del diritto internazionale e del diritto costituzionale, ma è qui necessariamente affrontato dalla prospettiva del costituzionalista, propria dell'autrice. Chi scrive, tuttavia, sa di muoversi come un'equilibrista lungo il filo che segna il confine, ma anche il punto di contatto, tra gli studi dei due settori e, temendo di cadere, domanda fin da ora perdono per le lacune e le imprecisioni del testo. L'unico conforto, in questa situazione, le è fornito dallo stesso

Così enunciato il suo oggetto, il contributo dovrebbe occuparsi anche dell'atteggiamento dei giudici comuni nei confronti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi Cedu). Di questo tema, tuttavia, molto si è già scritto, sotto tutti i profili, in questi dodici anni che ci separano dalle notissime 'sentenze gemelle' della Corte costituzionale[2], che hanno affrontato per la prima volta il dettato dell'art. 117, primo comma, Cost. proprio in relazione alla Cedu, dato che in quei *leading case*, come del resto nella assoluta maggioranza delle questioni successivamente sollevate, era la Cedu che veniva in rilievo come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità. Per la Cedu, dunque, si preferisce fare rinvio al contributo del presente volume dedicato all'aspetto che maggiormente differenzia il trattamento giurisdizionale della Cedu da quello riservato a tutte le altre norme pattizie, e cioè il peso che la giurisprudenza di Strasburgo esercita sull'attività interpretativa dei giudici[3].

Un'ulteriore premessa necessaria riguarda il fatto che qui ci si soffermerà molto poco anche sulla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, perché l'obiettivo è piuttosto quello di porsi nell'ottica del giudice comune, così come aveva fatto Condorelli nel suo celebre volume del 1974, dedicato a «come il diritto internazionale opera nell'ordinamento interno in concreto, e cioè nel processo»[4]. Nel nostro caso, naturalmente, lo studio riguarda il periodo che segue la riforma costituzionale del 2001 e le sentenze gemelle.

Quanto alla giurisprudenza costituzionale, poi, si deve poi anche dire che chi scrive, a differenza forse di altri[5], non si attende che la Corte

grande maestro del diritto internazionale il cui libro dà il titolo al presente volume il quale, proprio rendendosi conto che il suo lavoro non era rivolto soltanto ai cultori della sua materia, chiedeva l'indulgenza dei lettori (D. ANZILLOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905, p. IV).

[2] Si tratta, naturalmente, di Corte cost., sentt. n. 348 e n. 349 del 2007, così denominate, per la prima volta, da M. CARTABIA, "Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici", in *Giur. cost*., 2007, pp. 3564 ss.

[3] P. ROSSI, "La rilevanza per il giudice nazionale della giurisprudenza "consolidata" della Corte europea dei diritti dell'uomo".

[4] L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi* self-executing *e non* self-executing *nell'ottica della giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1972, p. 11.

[5] Secondo G. PALMISANO, "Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni aperte a dieci anni dalle sentenze 'gemelle'", in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, p. 22, «va riconosciuto che ad oggi la Corte costituzionale, nel richiamare il giudice comune alla necessaria "esplorazione delle varie praticabili soluzioni ermeneutiche" prima di rimettere alla Corte stessa un dubbio di costituzionalità di una legge per contrasto con una norma pattizia, ha fatto esplicito riferimento soltanto al principio di interpretazione conforme, e non invece al criterio di specialità, né

costituzionale fornirà mai ai giudici comuni altre indicazioni sul modo di regolare in via interpretativa le antinomie tra norme pattizie e norme di legge, ulteriori a quelle già offerte nelle sentenze gemelle. Si ritiene infatti che quello che poteva dire la Corte l'ha già detto, e cioè che qualora i giudici non riescano, facendo uso dei loro consueti poteri interpretativi, a sanare il contrasto tra norma interna e norma di origine internazionale pattizia, l'art. 117, primo comma, Cost. vieta loro di disapplicare la norma interna, e impone invece di portare il contrasto alla Corte costituzionale.

La previsione che la Corte manterrà anche in futuro questa sorta di *self restraint* si fonda su una considerazione di tipo generale dettata dalla struttura dello stesso giudizio incidentale, in cui non spetta alla Corte costituzionale stabilire quali siano i poteri interpretativi del giudice capaci di 'neutralizzare' un dubbio di legittimità costituzionale, quale è appunto quello relativo all'art. 117.

Ciò che conta, nel nostro sistema di giustizia costituzionale di tipo *accentrato*, infatti, è solo questo: che quando il dubbio di costituzionalità permane *nonostante l'attività interpretativa svolta dal giudice*, quel giudice non può risolverlo da solo, ma deve passare la palla alla Corte costituzionale.

Al contrario, tutto ciò che avviene prima, e che vale a evitare l'intervento della Corte costituzionale, fuoriesce completamente dal raggio di azione della Corte, così come del resto resta fuori dalla portata della Corte anche ciò che avviene dopo, quando le autorità giurisdizionali si trovano a scegliere come dare séguito alle pronunce costituzionali.

La stessa Corte, infatti, sa bene che, se anche volesse dire la sua sull'attività interpretativa dei giudici – sia quella volta a evitare di sollevare la questione di costituzionalità, sia quella successiva a un suo intervento – non disporrebbe poi di alcuno strumento per costringere i giudici a 'obbedirle'. Di regola, dunque, essa preferisce astenersi dall'intervenire su quanto sfugge dal suo controllo proprio per non rischiare di fare venire meno la sua autorevolezza anche su ciò che invece le compete.

all'abrogazione tacita in applicazione del criterio c.d. cronologico. Quello dei confini del potere interpretativo del giudice comune nel regolare le antinomie tra norme di legge e norme pattizie recepite resta dunque ancora, a dieci anni dalle sentenze "gemelle", uno degli aspetti che maggiormente meriterebbe un approfondimento e un chiarimento da parte della Corte costituzionale, per completare il quadro delle implicazioni e delle conseguenze giuridiche derivanti dalla scelta del nostro legislatore costituzionale di elevare le norme pattizie a parametro interposto di costituzionalità delle leggi».

2. Le scarne indicazioni della Corte costituzionale sui poteri interpretativi dei giudici

Se tutto questo è vero, allora, la Corte, quando nelle sentenze gemelle ha invitato i giudici a tentare di interpretare la legge in senso conforme della legge interna al vincolo internazionale prima di sollevare la questione di costituzionalità, non voleva affatto affermare che l'interpretazione conforme a Costituzione fosse l'unico strumento a disposizione dei giudici comuni per risolvere in via interpretativa il dubbio sulla conformità di una legge interna rispetto a una norma di un trattato internazionale recepito con legge. Né, ancora, intendeva richiamare, aggiornandola, la vecchia presunzione di conformità delle leggi agli impegni internazionali assunti dal nostro Paese[6].

Voleva invece semplicemente ribadire, in relazione al nuovo 117, primo comma, Cost., la sequenza che vale per tutti i dubbi di costituzionalità delle leggi: tentativo giudiziale di interpretazione conforme a Costituzione – fallimento del tentativo – potere/dovere del giudice di adire la Corte costituzionale. Nulla di più.

In definitiva, anche dopo le sentenze gemelle il giudice mantiene intatte tutte le possibilità che aveva in passato di fare prevalere la norma di origine pattizia su quella interna. Ricorrendone i presupposti, infatti, ogni giudice potrebbe ritenere che la norma di origine pattizia abbia abrogato quella interna (per il criterio cronologico) o che si applichi al posto di quella interna (per il criterio di specialità).

In entrambi i casi, l'esito è quello di rendere *non rilevante* ogni eventuale dubbio di costituzionalità della norma interna, dato che non è più quella norma, bensì è la norma di origine internazionale, a dover essere applicata nel giudizio civile, penale o amministrativo in corso.

Se ci si pensa, del resto, qualcosa di analogo si era verificato anche all'inizio dell'attività della Corte costituzionale. Quando con la sua prima sentenza, la n. 1 del 1956, il neonato organo di giustizia costituzionale ha scelto di occuparsi anche delle leggi anteriori al 1° gennaio 1948, non ha voluto, né avrebbe potuto, impedire ai giudici di continuare a risolvere da soli con il criterio cronologico – come avevano fatto tra il 1948 e il 1956 – il contrasto tra una norma di legge anteriore alla Costituzione e una norma costituzionale con essa puntualmente incompatibile (precettiva a efficacia immediata, come si usava dire seguendo la classificazione fatta propria dalla Cassazione). La Corte, allora, si è saggiamente limitata a 'sponsorizzare' la strada del giudizio di costituzionalità,

[6] Si veda *infra* par. 4.

sostenendo che fosse migliore di quella dell'abrogazione, dato che l'abrogazione non può operare in ogni caso di contrasto, ma soltanto se le due norme sono puntualmente incompatibili, e soprattutto produce un effetto limitato al singolo caso, mentre la dichiarazione di illegittimità costituzionale vale una volta per tutte e nei confronti di tutti.

E, in effetti, nulla di più sarebbe stato in suo potere. Le cronache ci raccontano che nello stesso 1956 il primo presidente della Cassazione Ernesto Eula chiese ai suoi giudici di continuare a trattare i contrasti tra leggi anteriori e Costituzione sopravvenuta come problemi di abrogazione, e non di invalidità, con l'effetto di non interpellare il nuovo organo di giustizia costituzionale[7]. Per pochi mesi la Cassazione asseconda l'iniziale indicazione del suo presidente, rifiutandosi di sollevare questione di costituzionalità di norme prerepubblicane che ritiene abrogate da sopravvenute norme costituzionali precettive a efficacia immediata[8], ma poi abbandona questo modo di ragionare, senza più, pare, ritornarvi. Tuttavia, nel corso degli anni si ripresentano casi per i quali, come diceva Crisafulli, «l'evidenza del contrasto» tra norma prerepubblicana e Costituzione legittimamente induce qualche corte inferiore a risolvere l'antinomia tra legge anteriore e Costituzione secondo il criterio cronologico, e dunque in chiave di abrogazione[9]. Ma questo non scandalizza la Corte costituzionale, che ancora nel 1985 procede tranquillamente a giudicare l'incostituzionalità di una legge anteriore alla Costituzione, non curandosi del fatto che molti altri giudici in precedenza l'avevano considerata già abrogata per la sua puntuale incompatibilità con la sopravvenuta Costituzione[10].

Paladin giustamente parlò, in proposito, di «soluzione compromisso-

[7] E. EULA, "Magistratura e Costituzione", in *Foro padano*, 1956, IV, c. 50.

[8] Cass., sez. III, 26 luglio 1956, n. 2893 e Cass., sez. un. civ., ord. 23 ottobre 1956. Sul punto V. ONIDA, "L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale", in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, pp. 523 ss.

[9] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, 1, L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, VI ed. agg., Padova, 1993, 227. Richiama questa posizione di Crisafulli, da ultima, S. PARISI, "Ai confini tra gerarchia e competenza: concorso vincolato, cedevolezza e non-applicazione delle norme", in *Diritto costituzionale*, n. 1/2019, pp. 91 e 97.

[10] Si tratta di Corte cost., sent. n. 193 del 1985, dove si afferma che, poiché «il riconoscimento dell'avvenuta abrogazione di una norma rientra nella competenza del giudice ordinario», «evidentemente» nel caso di specie il giudice *a quo* aveva inteso «non riconoscere l'intercorsa abrogazione della norma», nonostante le contrarie indicazioni della dottrina e della giurisprudenza di merito, e sollevare quindi la questione di costituzionalità. Su quest'ultima pronuncia v. L. CARLASSARE, "L'influenza della Corte costituzionale, come giudice delle leggi, sull'ordinamento italiano", in *Quaderno dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 11 del 2000, p. 83.

ria», dettata dalla volontà della Corte costituzionale di non drammatizzare inutilmente il problema[11]. Analoga soluzione compromissoria sarebbe verosimilmente abbracciata dalla Corte oggi, qualora pervenissero in via incidentale dubbi di legittimità costituzionale di norme interne che altri giudici avessero giudicato, in ipotesi, già abrogate da norme di esecuzione di trattati internazionali a esse successive oppure che non avessero ritenuto di applicare nei loro giudizi sulla base del criterio di specialità[12].

3. Le antinomie tra norme interne e norme pattizie dalla prospettiva dei giudici comuni. Il doppio binario

Tanto premesso, si può passare dall'altra parte della barricata, per scoprire cosa è successo negli ultimi anni presso i giudici comuni.

Vedendo le cose da questa prospettiva, si può facilmente constatare che esiste ormai, di fatto, una sorta di *doppio binario* nel trattamento giurisdizionale delle norme pattizie in dipendenza del loro contenuto.

Da un lato c'è il trattamento di alto profilo, più articolato e sofisticato, riservato alle norme di origine internazionale che hanno come contenuto la garanzia di diritti fondamentali; dal lato opposto c'è invece il trattamento giurisdizionale-base, di bassa cucina, che i giudici comuni italiani offrono a tutte le altre norme di origine pattizia.

In altre parole, anche in Italia sembra essersi realizzato ciò che Mattias Kumm vede accadere in molti ordinamenti nazionali, e cioè che «i trattati non sono posti tutti sullo stesso piano, anche se sotto il profilo costituzionale radicate norme di conflitto suggeriscono che così dovrebbe essere». Nota infatti Kumm che spesso l'atteggiamento dei giudici nazionali è sensibile alla specifica materia oggetto del trattato e che, in particolare, i trattati sui diritti umani danno luogo, sul piano interno, a «un insieme peculiare di pratiche giudiziali solo debolmente riconducibile alla dottrina standard che regola l'applicazione dei trattati nel diritto interno»[13].

Insomma, guardati dalla prospettiva dei giudici comuni, i trattati non

[11] L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 86.

[12] Come osserva G. SILVESTRI, "Considerazioni conclusive", in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, è probabile quindi che «la Corte prenderà una chiara posizione su ogni trattato, anche di infimo valore assiologico, che verrà, nel corso del tempo, sottoposto alla sua attenzione».

[13] M. KUMM, "Costituzionalismo democratico e diritto internazionale: termini del rapporto", in *Ars interpretandi*, XIII, 2008, pp. 85-92, 101 e *passim*.

sono tutti uguali[14], ma al contrario hanno pesi ed effetti molto differenti a seconda del loro contenuto. La magistratura italiana, dunque, sembra avere condiviso, nella sostanza, l'opinione di Condorelli il quale, intervenendo a ridosso delle sentenze gemelle, osservava che fosse assurdo e contrario al buon senso riservare a qualunque impegno internazionale bilaterale o multilaterale il medesimo trattamento, sul piano delle fonti, delineato a proposito della Cedu[15].

Per illustrare come funziona questo *doppio binario* nel trattamento giurisdizionale dei patti internazionali si deve partire da una constatazione di fatto.

Nei dodici anni che ormai sono trascorsi dalla sistemazione del tema offerta dalle sentenze gemelle, quasi tutte le questioni pervenute alla Corte costituzionale in relazione all'art. 117, primo comma, Cost. presentano, come parametro interposto, un vincolo internazionale che impone la garanzia di un diritto fondamentale dell'uomo. Sono infatti finora soltanto tre, salvo errore, le occasioni in cui un giudice comune ha denunciato alla Corte il contrasto tra una norma di legge italiana e una previsione di un trattato internazionale non relativo a diritti umani[16], a fron-

[14] Proprio uno dei due relatori delle sentenze gemelle, in un convegno di celebrazione del loro decennale, ha richiamato l'attenzione sul fatto che quelle sentenze non abbiano volutamente dato una risposta alla domanda se i trattati internazionali sono tutti uguali (ancora G. SILVESTRI, "Osservazioni conclusive", cit., p. 5, che riprende la domanda formulata da C. PINELLI, "L'approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i trattati sono tutti uguali?", *ivi*).

[15] L. CONDORELLI, "La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 305-306. Possibile, si era chiesto l'autore, che qualunque impegno preso dall'Italia in sede internazionale, anche recante «normuzze spicciole di corto respiro», debba essere catapultato nell'ordinamento italiano «al sommo della piramide», appena sotto le norme costituzionali, insieme a trattati internazionali come la Cedu o ad altri simili impegni relativi alla tutela dei diritti umani, che consacrano valori essenziali di civiltà e contribuiscono a mantenere e promuovere il sistema democratico? Ancora, diceva Condorelli, è «seriamente concepibile che l'intera congerie degli obblighi internazionali debba provocare l'entrata in gioco dell'art. 117, con le imponenti conseguenze indicate dalla Corte», prima fra tutte la necessità di attivare il giudizio di costituzionalità? O non sarebbe piuttosto meglio che fossero i giudici comuni, e non la Corte costituzionale, a occuparsi di assicurare il rispetto degli obblighi internazionali diversi dalla Cedu e dagli altri di calibro analogo inerenti alla "materia costituzionale" della tutela dei diritti?

[16] In nessuno dei tre casi, comunque, le relative questioni sono state accolte in quanto inammissibili o infondate. Si tratta di Corte cost., sent. n. 118 del 2011, che ha dichiarato non fondata una questione sulla supposta violazione dell'Accordo europeo relativo al trasporto internazionale su strada di merci pericolose del 1957; Corte cost., sent. n. 22 del 2016, che ha dichiarato inammissibile una questione relativa alla Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale del 1972; e, infine, Corte cost., sent. n. 33 del 2019, con cui la Corte ha giudicato che le due questioni solle-

te di un profluvio di questioni che lamentano la violazione, da parte del legislatore, di norme della Cedu e un minore, ma negli ultimi tempi sempre più consistente, numero di questioni di costituzionalità proposte in relazione ad altri *bill of rights* internazionali. Si tratta, sempre salvo errore, di quasi duecentocinquanta censure.

Il dato numerico è notevole. Se ne deduce che, quando le antinomie normative insorgono tra norme interne e norme pattizie diverse da quelle in materia di diritti fondamentali, i giudici italiani non scelgono praticamente mai di rivolgersi alla Corte costituzionale, ma preferiscono quasi sempre fare da soli.

4. (Segue): *l'interpretazione conforme*

Gli altri elementi che concorrono a creare il *doppio binario* di cui si è detto riguardano i criteri a cui i giudici attingono quando risolvono da soli le antinomie tra norma interna e norma pattizia, rendendo così inutile l'incidente di costituzionalità.

Il ricorso alla tecnica dell'interpretazione conforme delle leggi interne agli obblighi internazionali pattizi è comunissimo quando i giudici hanno a che fare con norme internazionali di garanzia dei diritti umani. Sul punto si dirà qualcosa più avanti in questo medesimo paragrafo, ma la circostanza è molto nota, e non ha bisogno di essere dimostrata.

Il dato sorprendente che emerge dalla ricerca che si è condotto, e che contribuisce a creare il doppio binario nel modo in cui i giudici maneggiano gli obblighi internazionali eseguiti con legge in dipendenza del loro contenuto, è piuttosto un altro: e cioè che *l'interpretazione conforme non è mai praticata* quando l'antinomia sorge tra una norma interna e una norma di origine internazionale pattizia con diverso contenuto (ad esempio in materia commerciale o fiscale o quant'altro)[17].

vate in relazione alla Carta europea dell'autonomia locale del 1985 fossero, rispettivamente, l'una inammissibile e l'altra infondata.

[17] Al più, vi sono casi in cui i giudici hanno ribadito che le norme convenzionali devono essere interpretate alla luce dell'ordinamento internazionale e non di quello italiano (Cass., sez. V civ., 15 febbraio 2008, n. 3889, secondo cui la nozione di "stabile organizzazione" contenuta nella Convenzione contro le doppie imposizioni fra Italia e Svizzera del 1976 «deve essere tratta dall'art. 5 del modello di convenzione OCSE contro la doppia imposizione e dal suo commentario, integrata, con i requisiti di "centro di attività stabile", di cui all'art. 2 della Sesta Direttiva IVA (77/388/Cee)»; negli identici termini v. anche Cass., sez. V civ., 15 febbraio 2008, n. 3890 e n. 3891). Si tratta tuttavia di una questione diversa, che riguarda per l'appunto l'interpretazione degli obblighi internazionali stessi e non di disposizioni nazionali (sul punto si veda la giurisprudenza costituzionale anteriore alla svolta del 2007, ma confermata dalle sentenze gemelle, che

Quali sono le ragioni di un simile assetto?

Evidentemente, la tecnica dell'interpretazione conforme funziona molto bene, per i giudici, quando si tratta di conciliare il disposto della legge con norme di principio, che pongono obiettivi di ampio respiro, e quindi con norme costituzionali, con *bill of rights* internazionali, e anche, nel caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, con le norme delle direttive o dei trattati, oltre che naturalmente della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione; mentre funziona meno, o per niente, quando si tratta di conciliare una disposizione di legge con una regola minuta di un trattato, in relazione alla quale molto più banalmente l'interprete riesce soltanto a dire se il contrasto c'è o non c'è, salvo poi eventualmente ricorrere, come si dirà ora, al criterio di specialità per far prevalere la norma pattizia[18].

È importante tuttavia ricordarsi che il richiamo alle norme internazionali sui diritti umani non sempre serve per praticare l'interpretazione conforme.

A volte, è vero, i giudici fanno un uso pregnante della norma internazionale di garanzia di un diritto fondamentale, perché davvero aderiscono al significato della legge, tra quelli resi possibili dal suo tenore testuale, che appare meglio rispondente alla norma internazionale. Oltre ai molti casi di interpretazione conforme alla Cedu, nei quali il giudice si premura anche di individuare le pronunce della Corte di Strasburgo che fanno vivere la disposizione del trattato in quel determinato significato, pensiamo ad esempio ai risultati innovativi che ha prodotto l'interpretazione conforme all'art. 12 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in tema di ascolto della persona di minore età nei procedimenti che la riguardano[19].

richiedeva al giudice di interpretare le norme pattizie secondo il significato che esse hanno nel loro ordinamento di origine: Corte cost., sent. n. 288 del 1997).

[18] In effetti, a ben vedere, questo assetto non riflette altro che il diverso atteggiarsi di norme di principio e norme di dettaglio, a prescindere dal fatto che queste abbiano o meno una matrice internazionale. Dottrina e giurisprudenza hanno sempre inteso che il criterio cronologico agisca fra norme che esprimono regole puntuali, ma non invece fra norma di principio successiva e norma di dettaglio previgente; il che esclude, dunque, che le formulazioni generali di diritti e principi contenuti in trattati possano abrogare tacitamente norme interne di dettaglio. D'altro canto, se invece le norme internazionali intendono meramente derogare alla disciplina interna degli Stati contraenti soltanto per certi tipi di rapporto (come nel caso delle convenzioni in materia fiscale), allora non ha nemmeno senso porsi nell'ottica del criterio cronologico: il criterio di specialità, infatti, prescinde dal fatto che la norma derogata sia anteriore o posteriore alla norma speciale. In altri termini, la norma speciale intende sostituirsi alla disciplina generale, che però resta applicabile agli altri casi, senza che mai possa darsi un problema di abrogazione.

[19] R. CLERICI, "Il diritto all'ascolto e i diritti di partecipazione", in *La Convenzione*

Altre volte ancora l'interpretazione innovativa della legge interna in senso conforme ai diritti garantiti in ambito internazionale avviene tramite l'invocazione congiunta di diverse fonti di origine esterna, quando tutte sono ritenute convergere verso un unico tipo di ampliamento della tutela riconosciuta dalla legislazione nazionale. È vero infatti quello che afferma Viganò, secondo il quale l'ordinamento si sta muovendo verso una «tutela integrata dei diritti fondamentali», nell'ambito della quale «*ogni* giudice nazionale» «è, in quanto garante dei "diritti inviolabili dell'uomo", *al tempo stesso* giudice della Costituzione, della Convenzione e della Carta, nonché degli altri strumenti internazionali che […] concorrono al riconoscimento e alla garanzia di tali diritti»[20]. Si pensi, ad esempio, all'uso integrativo della legislazione vigente che è stato fatto, nella giurisprudenza di merito e di legittimità, di alcune previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ad esempio in tema di amministrazione di sostegno[21] o nell'ambito del diritto al lavoro del disabile[22], che quasi sempre sono considerate congiuntamente ad altre fonti internazionali o alla Carta UE

Molte altre volte, tuttavia, forse nella maggioranza dei casi, la norma di origine internazionale di garanzia di un diritto fondamentale non è in realtà decisiva per la risoluzione del caso concreto, e i giudici ne fanno un uso semplicemente retorico, come argomentazione aggiuntiva rispetto al fondamento reale delle loro decisioni, che poggiano invece più solidamente su norme legislative o costituzionali italiane. Ad esempio, per restare alle fonti già citate, pensiamo ai costanti richiami, spesso sovrabbondanti, al principio dei *best interests of the child* enunciato all'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza [23], oppure

di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione, a cura dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, Roma, 2019, pp. 203 ss.

[20] F. VIGANÒ, "La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali", in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 494.

[21] D. AMOROSO, "*Inutitilter data*? La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza italiana", in *SIDIBlog*, 7 febbraio 2017.

[22] Cass., sez. lav., 4 febbraio 2016, n. 2210, ma anche Cass., sez. lav., 23 maggio 2017, n. 12911; Cass., sez. lav., 9 settembre 2016, n. 17867; Cass., sez. lav., 7 giugno 2012, n. 9201; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 28 luglio 2015, n. 10358.

[23] Si tratta di una giurisprudenza sterminata. Da ultima, tra le moltissime pronunce in tal senso, si richiama la sentenza delle sezioni unite civili della Corte di Cassazione che esclude la trascrizione del provvedimento giurisdizionale straniero che accerta un rapporto di filiazione sorto a seguito della pratica della surrogazione di maternità (Cass., sez. un. civ., 8 maggio 2019, n. 12193). Per una valutazione critica di questa giurisprudenza nel senso del testo si veda J. LONG, "The Impact of the UNCRC on the Italian Legal System", in *International Journal of Children's Rights*, 2009, p. 158.

alle numerose occasioni in cui i giudici citano la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità per sostenere soluzioni già praticabili alla luce del diritto interno[24]. Sintomo del ricorrere di questa seconda ipotesi è la presenza, nel medesimo provvedimento, del richiamo a numerose norme sovranazionali e internazionali, affastellate una di fila all'altra e non accompagnate da alcuna motivazione.

Può essere interessante notare, inoltre, che in molte sentenze dei giudici comuni si trovano riferimenti anche ad atti sovranazionali e internazionali non vincolanti o non applicabili nel caso di specie. Quante volte, ad esempio, la Carta UE è richiamata a sostegno di una certa interpretazione in ambiti estranei al diritto dell'Unione? Quante sentenze italiane su temi bioetici sensibili invocano la Convenzione di Oviedo, per la quale, come è noto, il nostro governo non ha depositato il necessario strumento di ratifica?[25] O, ancora, in quante occasioni le nostre corti citano la Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite del 1948, che come sappiamo ha solo valore politico?

Tutto ciò, tra l'altro, non fa che confermare che l'interpretazione conforme non ha niente a che spartire con la vecchia presunzione di conformità, che veniva predicata per tutti i trattati[26].

Mentre la presunzione di conformità, come noto, è dedotta dall'esigenza propria del diritto internazionale di evitare la responsabilità dello Stato per la violazione di un obbligo internazionale, l'interpretazione conforme, invece, ha esplicito fondamento costituzionale, e dunque risponde a un'esigenza tutta interna. Anzi, dato che di fatto opera *soltanto* quando vengono in gioco i trattati sui diritti umani, essa gode addirittura di un duplice fondamento costituzionale, perché oltre a essere imposta dall'art. 117, primo comma, Cost., si fonda anche sulla lettura aperta che da oltre trenta anni la giurisprudenza prima costituzionale e poi comune riserva all'art. 2 Cost., in base alla quale l'interprete non solo deve intendere in modo estensivo i diritti espressamente elencati in Costituzione, ma è tenuto anche a estendere il riconoscimento e la garanzia costituzionale almeno a quei diritti già riconosciuti e garantiti in ambito internazionale, non importa se in modo vincolante o meno. Tramite

[24] Cass., sez. lav., 6 aprile 2011, n. 7889; Cass., sez. lav., 28 aprile 2017, n. 10576; Cass., sez. lav., 7 luglio 2016, n. 13868, Cass., sez. lav., 9 dicembre 2014, n. 24723, n. 25897, 25898 e n. 26033; Cass., sez. lav., 20 settembre 2012, n. 15873; Cass., sez. lav., 29 agosto 2011, n. 17740; Cass., sez. lav., 9 luglio 2009, n. 16102.

[25] Lo nota anche B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, XI ed., a cura di M. Iovane, Napoli, 2018, p. 361.

[26] Diversamente, con vari argomenti, A. CIAMPI, "L'interpretazione convenzionalmente conforme come tecnica di risoluzione delle antinomie fra diritto interno e diritto pattizio", in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018.

l'art. 2 Cost., dunque, si ha la possibilità di praticare l'interpretazione conforme della legge interna per adeguarla a un diritto fondamentale riconosciuto in ambito internazionale anche se l'atto che pone quel diritto non è formalmente vincolante per l'Italia.

L'interpretazione conforme, infine, diversamente dalla presunzione di conformità, può aversi non solo se la legge interna è successiva, ma anche se è antecedente all'impegno internazionale.

5. (Segue): *il criterio cronologico e il criterio di specialità*

Un terzo elemento che distingue il trattamento riservato dai giudici ai trattati sui diritti umani da quello offerto agli altri trattati riguarda l'uso dei criteri cronologico e di specialità per risolvere le antinomie in senso favorevole alle norme di origine internazionale, perché *nessuno dei due criteri risulta mai invocato quando viene in gioco un trattato sui diritti umani*.

Per pervenire a una soluzione che faccia applicazione delle norme di origine internazionale sui diritti umani, infatti, come si è detto, i giudici comuni si servono soltanto dell'interpretazione conforme e, se essa non riesce, percorrono la strada dell'incidente di costituzionalità.

In altre parole, quando vogliono assicurare il rispetto degli obblighi pattizi diversi da quelli che riguardano i diritti umani, i giudici comuni continuano a servirsi soltanto dello strumentario tradizionale, che era già a loro disposizione prima della riforma costituzionale del 2001 e delle sentenze gemelle.

In questo quadro, tuttavia, la "parte del leone" la fa il criterio di specialità, mentre il criterio cronologico ha un uso residuale.

La giurisprudenza comune, infatti, riconosce l'abrogazione di una norma di legge anteriore da parte di una norma pattizia posteriore recepita con legge in casi rarissimi: solo quando, cioè, anche la legge più vecchia era attuativa di un impegno internazionale, e la legge nuova recepisce un impegno internazionale sopravvenuto valevole tra le stesse parti.

Si può richiamare, in proposito, un'unica sentenza successiva alle sentenze gemelle, una Cassazione penale del 2010[27], relativa alla convenzione bilaterale fra Italia e Romania in materia di estradizione del 1972, la cui legge di ratifica ed esecuzione non era mai stata formalmente abrogata. Tale convenzione, secondo la Cassazione, deve ritenersi risolta a seguito dell'adesione della Romania alla Convenzione europea di

[27] Cass., sez. VI pen., 24 febbraio 2010, n. 7397.

estradizione, la quale prevede espressamente l'abrogazione dei precedenti trattati o accordi fra le parti contraenti[28]. In un altro caso, invece, un giudice di merito ha invocato il criterio cronologico insieme a quello di specialità, ma in realtà non si trattava di un'abrogazione implicita della norma interna da parte di una convenzione internazionale recepita con legge, quanto piuttosto di una sua deroga, e dunque sarebbe stato sufficiente (e più corretto) invocare soltanto la specialità delle norme pattizie[29].

Discorso completamente differente deve essere svolto per il criterio della specialità, perché i giudici che intendono fare prevalere una norma di un accordo internazionale di tipo commerciale o fiscale (o quant'altro) su una norma interna con esso contrastante – sia essa anteriore o successiva – ricorrono molto spesso, si può dire sempre, a questo criterio.

A grandi linee i costituzionalisti definiscono la specialità come quel criterio di risoluzione delle antinomie normative che conduce l'interprete «a privilegiare nel contrasto la norma particolare rispetto a quella più generale»[30], intendendo per norma speciale quella che ha un campo di azione più limitato rispetto a quella generale o per i destinatari o per la materia regolata (*ratione personae* o *ratione materiae*, appunto).

Ma, come è notissimo, la dottrina internazionalistica, in epoca anteriore alla riforma costituzionale del 2001, ha inteso questo medesimo criterio in una accezione del tutto differente da quella ordinaria del termine – tanto da far dubitare che la stessa denominazione "criterio di specialità" sia opportuna, in quanto possibile causa di confusione per gli interpreti – collegandola alla specialità della funzione delle leggi di adattamento dei trattati internazionali. Lo chiameremo il criterio di specialità alla 'Conforti'[31].

[28] «La convenzione bilaterale tra l'Italia e la Romania in materia di estradizione deve infatti ritenersi risolta con l'adesione da parte della Romania alla Convenzione europea di estradizione, avvenuta il 10 settembre 1997. Tanto, ai sensi dell'art. 28 della anzidetta Convenzione europea, ha comportato l'abrogazione della L. Nazionale n. 127 del 1975 di ratifica ed esecuzione della convenzione bilaterale».

[29] Trib. Lucca, sez. civile, 24 aprile 2013, n. 482. Nel caso concreto, nel valutare il rapporto fra la Convenzione concernente il contratto di trasporto internazionale di merci su strada stipulata a Ginevra nel 1956 e le norme del codice civile, il Tribunale di Lucca ha ritenuto che le norme pattizie fossero prevalenti sia in quanto speciali, sia in quanto introdotte da una legge posteriore, affermando che «in virtù della legge di recepimento» la Convenzione «prevale, per i principi di specialità e cronologico sulla disciplina codicistica (art. 1693 c.c. recanti norme in tema di trasporto)».

[30] Così, per tutti, R. BIN e G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, p. 5.

[31] Si tratta, infatti, della notissima tesi da ultimo enunciata in B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit., p. 365. In una precedente versione della tesi, peraltro, tale specialità si sarebbe fondata sul procedimento, e avrebbe quindi operato solo per i trattati introdotti

I giudici comuni, quando vengono in gioco obblighi internazionali pattizi diversi da quelli sui diritti umani, fanno spesso applicazione del principio di specialità inteso nella sua prima accezione, quella comune.

Questo criterio è spesso invocato in ambito tributario (oltre che, naturalmente, anche al di fuori di quell'ambito, come ad esempio in materia di vendita internazionale di beni mobili[32]). Si pensi al principio del divieto di doppia imposizione, che è previsto da norme interne di carattere generale e, al contempo, da numerose convenzioni bilaterali a cui l'Italia ha dato esecuzione, le quali regolano in modo specifico – e differente a seconda dello Stato che di volta in volta è parte dell'accordo stipulato dall'Italia – la medesima materia. Sul punto la Cassazione ha più volte affermato che sulle «disposizioni di diritto internazionale interno di carattere generale» «prevalgono le speciali disposizioni stabilite con le convenzioni bilaterali, che recano appunto le norme di disciplina particolare calibrate sulle reciproche esigenze degli Stati contraenti. Proprio per fornire una disciplina differenziata, in relazione alle peculiarità degli ordinamenti tributari degli Stati, la prassi internazionale registra il fenomeno degli accordi bilaterali, piuttosto che trattati internazionali multilaterali da valere per tutti gli Stati»[33].

La stessa Cassazione, tuttavia, fa a volte confusione tra le categorie, perché affianca al criterio di specialità inteso nell'accezione comune l'argomento di una presunta superiorità gerarchica delle disposizioni di origine internazionale rispetto a quelle interne, a volte anche erronea-

in Italia con ordine di esecuzione, e non per quelli per i quali si fosse utilizzato il procedimento ordinario di adattamento (B. CONFORTI, "Diritto comunitario e diritto degli Stati membri", in *Riviste di diritto internazionale privato e processuale*, 1966, pp. 17 ss.; ID., "La "specialità" dei trattati internazionali eseguiti nell'ordinamento interno", in *Studi in memoria di Giorgio Balladore Pallieri*, II, Milano, 1978, pp. 187 ss., ora in *Scritti di diritto internazionale*, II, Napoli, 2003, pp. 343 ss.).

[32] V. Cass., sez. II civ., 25 gennaio 2018, n. 1867: «La preferenza per la Convenzione delle Nazioni Unite rispetto alle norme di diritto internazionale privato si fonda essenzialmente su un giudizio di prevalenza del diritto materiale uniforme rispetto a tali ultime norme (e ciò indipendentemente dalla loro fonte, cioè anche per il caso che esse stesse abbiano origine da una convenzione internazionale). Il diritto materiale uniforme, infatti, presenta per definizione carattere di specialità, poiché risolve direttamente il problema della disciplina della fattispecie, ovvero evitando il doppio passaggio consistente dapprima nell'individuazione del diritto applicabile prima e, quindi, nell'applicazione dello stesso, come deve necessariamente accadere quando si fa ricorso alle regole del diritto internazionale privato».

[33] Così Cass., sez. V civ., 17 dicembre 2008, nn. 29455, 29456, 29457, 29458, 29459, 29460 e 29461; orientamento ribadito negli esatti termini da Cass., sez. V civ., 16 gennaio 2009, n. 941; 13 febbraio 2009, nn. 3556 e 3557; 22 luglio 2009, n. 17076; 4 settembre 2013, n. 20238. In termini analoghi, v. anche Cass., sez. V civ., 6 agosto 2009, n. 18026 e 13 febbraio 2015, n. 2912.

mente richiamando l'art. 117, primo comma, Cost.[34]. In questo modo, tuttavia, essa sembra appoggiarsi a una sorta di specialità *sui generis*, alla Conforti.

Ad esempio, sempre in materia di divieto di doppie imposizioni, la Cassazione ha stabilito che la convenzione fra l'Italia e un paese straniero «per il carattere di specialità del suo ambito di formazione, così come le altre norme internazionali pattizie […] prevale sulle corrispondenti norme nazionali, dovendo la potestà legislativa essere esercitata nei vincoli derivanti, tra l'altro, dagli obblighi internazionali (art. 117 Cost., comma 1, nel testo di cui alla L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, art. 3)»[35]. Ancora, in alcune pronunce la Cassazione ha espressamente affermato che la Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Svizzera è «gerarchicamente sovraordinata alla legge ordinaria interna»[36].

L'interrogativo a cui si deve a questo punto rispondere è se il ricorso da parte dei giudici comuni al criterio della specialità sia una pratica compatibile con l'art. 117, primo comma, Cost., nella lettura che ne hanno dato le sentenze gemelle.

[34] Articolo che, invece, se correttamente applicato, imporrebbe piuttosto di sollevare la questione di costituzionalità (sul punto anche I. CARLOTTO, "I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale", in *Politica del diritto*, 2010, pp. 298-300).

[35] Così Cass., sez. V civ., 19 gennaio 2009, n. 1138, in relazione alla Convenzione fra Italia e Irlanda. Negli identici termini v. Cass., sez. V civ., 31 gennaio 2017, n. 2441 (con riferimento alla Convenzione fra Italia e Regno Unito) e 24 novembre 2016, n. 23984 (sulla Convenzione fra Italia e Francia), nonché Comm. trib. prov. Pescara, sez. I, 17 maggio 2017, n. 475 (sempre in relazione alla Convenzione fra Italia e Francia). Richiama espressamente tale indirizzo, pur omettendo di specificare il tipo di specialità invocato, Cass, sez. V civ., 13 ottobre 2017, n. 24112, secondo cui la Convenzione tra Italia e Regno Unito «così come le altre norme internazionali pattizie, riveste carattere di specialità rispetto alle corrispondenti norme nazionali e quindi prevale su queste ultime, dovendo la potestà legislativa essere esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti, tra l'altro, dagli obblighi internazionali».

[36] Così Cass., sez. V civ., 15 luglio 2016, n. 14474. Tale affermazione chiude il ragionamento secondo cui è scorretto interpretare una norma pattizia di contenuto chiaro come se essa facesse rinvio a disposizioni interne: «non vi è alcun motivo né alcuno strumento logico e/o giuridico per ritenere che la previsione di una norma interna possa in qualche modo incidere sul chiaro disposto di una norma pattizia condizionandone la portata, con la conseguenza che la fattispecie deve essere regolata dalla norma convenzionale, gerarchicamente sovraordinata alla legge ordinaria interna». Cass. civ., sez. V civ., 22 novembre 2017, n. 27773, invece, richiama a un tempo sia la giurisprudenza secondo cui la Convenzione contro le doppie imposizioni fra Italia e Svizzera «prevale sul d.P.R. n. 917 del 1986, art. 23, comma 2, lett. a, essendo la norma pattizia gerarchicamente sovra-ordinata alla legge ordinaria interna» sia quella secondo cui le norme pattizie prevalgono su quelle interne «attesane la specialità e la *ratio* di evitare fenomeni di doppia imposizione».

La risposta cambia a seconda dell'accezione di specialità a cui ci riferiamo.

La specialità *sui generis*, alla Conforti, se aveva molto senso in passato, quando era l'unico modo per raggiungere lo scopo di far prevalere la norma pattizia su quella interna, dopo il 2001 ha perduto la sua ragion d'essere, perché la riforma costituzionale attribuisce ai trattati internazionali un valore "sub-costituzionale", consentendo loro di resistere all'abrogazione da parte di leggi interne con essi incompatibili. Ma tale criterio risulta anche del tutto incompatibile, sul piano logico, con la sistemazione dei rapporti tra le fonti introdotta dall'art. 117, primo comma, Cost.[37]. E ciò nonostante i tentativi dello stesso autore e di altra dottrina internazionalistica di giustificarne l'applicabilità anche dopo la riforma costituzionale[38].

La specialità alla Conforti, infatti, riguarda la fonte che pone la norma, e non la norma stessa, per ciò che essa dice. Tuttavia, la sistemazione del rapporto tra fonti pattizie recepite con legge e leggi statali e regionali dopo il 2001 è solo ed esclusivamente quella prevista dall'art. 117, primo comma, Cost., e l'art. 117 inquadra come problema di legittimità costituzionale ogni contrasto tra norma interna e norma pattizia non risolvibile dal giudice sulla base dell'interpretazione del contenuto delle norme, proibendo la disapplicazione della legge nazionale. Al contrario, la specialità alla Conforti risolve il conflitto proprio con la disapplicazione della norma posta dalla fonte interna[39].

Resta invece lecito, a parere di chi scrive, il ricorso da parte del giudice alla specialità intesa in senso comune. Anzi, quando le norme introdotte da un trattato possono dirsi speciali per il loro contenuto o i loro

[37] G. SERGES, "Adattamento al diritto internazionale pattizio e strumenti per assicurare la prevalenza degli "obblighi internazionali" nell'ordinamento italiano", in *Diritto e Società*, 2015, p. 301; ID., "I trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano", in *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, (a cura di Di Blase), Roma, 2014, p. 200.

[38] Naturalmente B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., pp. 361-365, ma anche, ad esempio, A. CASSESE, *Diritto internazionale*, (a cura di Frulli), III ed., Bologna, 2017, p. 338; A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, VI ed., Wolters Kluwer, 2019, p. 249. In senso opposto, benché con vari distinguo, C. FOCARELLI *Diritto internazionale*, V ed., Wolters Kluwer, 2019, pp. 288-289, che combina le indicazioni delle sentenze gemelle con il perdurante utilizzo da parte dei giudici del solo criterio di specialità ordinario, *ratione personae* e *ratione materiae*, e, soprattutto, G. PALMISANO, *"Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni aperte a dieci anni dalle sentenze 'gemelle'",* cit., p. 20.

[39] Salvo il caso estremo in cui la norma interna successiva riveli l'innegabile volontà «di ripudiare gli impegni internazionali già contratti» (B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 364).

destinatari, i giudici non solo possono, ma devono, ancora oggi farle prevalere in via interpretativa, in modo da evitare esiti del tutto irragionevoli e sproporzionati. Pensiamo ad esempio ancora ai trattati bilaterali sulle doppie imposizioni e ipotizziamo che i giudici tributari rifiutassero il criterio di specialità e preferissero sempre adire la Corte costituzionale. Come potrebbe la Corte risolvere simili dubbi? Dichiarando (assurdamente) incostituzionale per (plurime) violazioni di (plurimi) obblighi internazionali il testo unico delle imposte sui redditi nella parte in cui pretenderebbe di applicarsi anche ai casi disciplinati da ogni singola convenzione bilaterale tra l'Italia e un altro Stato? Come si vede, la soluzione in via interpretativa da parte del giudice che eviti l'instaurazione del giudizio di costituzionalità in casi simili è davvero la più ragionevole, e direi la sola seriamente percorribile.

L'EVOLUZIONE DELL'EFFETTO DIRETTO E DEI SUOI RAPPORTI CON IL PRIMATO E L'IMMEDIATA APPLICAZIONE DEL DIRITTO UE NEGLI ORDINAMENTI NAZIONALI

Daniele GALLO*

SOMMARIO: 1. Inquadramento dell'analisi e gli argomenti proposti. – 2. *Test* sull'effetto diretto, incondizionatezza e diretta applicabilità, *oggi*. – 3. Effetto diretto soggettivo/sostitutivo ed effetto diretto oggettivo/oppositivo: nella giurisprudenza UE. – 4. (*Segue*): e nella dottrina. – 5. Il *core* dell'effetto diretto, quale nozione mutevole e camaleontica, e i suoi presupposti (davvero) necessari e sufficienti. – 6. Ipertrofia del primato, *cannibalizzazione* dell'effetto diretto e ordine di disapplicazione: *Simmenthal revisited* e i rischi connessi. – 7. Effetto utile dell'effetto diretto e ruolo della Corte di giustizia, tra *self-restraint* e *judicial activism*.

1. Inquadramento dell'analisi e gli argomenti proposti

Questo contributo mira a indagare la natura più profonda del principio dell'effetto diretto, per come si è evoluto fino a oggi, anche e soprattutto dal punto di vista dei suoi rapporti con il primato.

La giurisprudenza della Corte di giustizia su contenuto, portata, estensione, limiti e conseguenze dell'efficacia diretta del diritto UE non brilla per chiarezza e la questione dei confini tra le diverse forme e declinazioni dell'effetto diretto non è stata mai affrontata, con nettezza, dai giudici UE[1].

In letteratura la maggior parte degli autori che si è confrontata con la dottrina dell'effetto diretto sottolinea gli aspetti positivi della giurisprudenza UE. Parte minoritaria, ma pur sempre significativa, degli studiosi,

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università LUISS "Guido Carli" di Roma; Recurring Adjunct Professor of EU Law, American University Washington.

[1] Sul punto sia consentito un rinvio a D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, in specie pp. 89-124 e 163-274.

invece[2], si è soffermata e continua a ragionare sui differenti volti di detto istituto e sui profili controversi che vi sono collegati[3]. La dottrina che si è

[2] Nota M. BOBEK, "Van Gend en Loos +50: the Changing Social Context of Direct Effect", in *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013: actes du colloque Luxembourg, 13 mai 2013,* (a cura di Tizzano, Kokott, Prechal), Luxembourg, 2013, consultabile *online* sul sito https://curia.europa.eu, pp. 181-188, p. 182, che «*the principle of direct effect remains astonisghingly unexplored, even today*».

[3] Si vedano, *inter alia*, F. DUMON, "La notion de "disposition directement applicable" en droit européen", in *Cahiers de droit européen*, 1968, p. 369 ss.; A. BLECKMANN, "L'applicabilité directe du droit communautaire", in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen* (a cura di Waelbroeck, Velu), Bruxelles, 1978, pp. 85-130; G. BEBR, "Les dispositions de droit communautaire directement applicables: développement d'une notion communautaire", in *Cahiers de droit européen*, 1970, p. 3 ss.; M. WAELBROECK, "L'immédiateté communautaire, caractéristique de la supranationalité: quelques consequences pour la pratique", in *Le droit international demain*, Neuchâtel, 1974, pp. 81-89; C.W.A. TIMMERMANS, "Directives: their Effect within the National Legal Systems", in *Common Market Law Review*, 1979, p. 533 ss.; R. KOVAR, "L'intégrité de l'effet direct du droit communautaire selon la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté", in *Das Europa der Zwerten Generation. Gedachtnisschrift für Christoph Sasse* (a cura di Bieber, Nickel), Baden-Baden, 1981, I, pp. 151-163; R. LUZZATTO, *La diretta applicabilità del diritto comunitario*, Milano, 1983; P. PESCATORE, "The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law", in *European Law Review*, 1983, p. 155 ss.; G. ISAAC, *Droit communautaire général*[3], Paris, 1990; Y. GALMOT J., C. BONICHOT, "La Cour de Justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national", in *Revue française de droit administratif*, 1988, p. 1 ss.; P. ELEFTHERIADIS, "The Direct Effect of Community Law: Conceptual Issues", in *Yearbook of European Law*, 1996, p. 205 ss.; I. SEBBA, "The Doctrine of Direct Effect: A Malignant Disease of Community Law", in *Legal Issues of Economic Integration*, 1995, p. 35 ss.; M. RUFFERT, "Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative view", in *Common Market Law Review*, 1997, p. 307 ss.; S. PRECHAL, "Does Direct Effect Still Matter?", in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1047 ss.; D. EDWARD, "Direct Effect, the Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations", in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, 1998, pp. 423-445; S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002; D. EDWARD, "Direct Effect: Myth, Mess or Mystery?", in *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine* (a cura di Prinssen, Schrauwen), Groningen, 2002, pp. 1-13; T. EIJSBOUTS, "Direct Effect, the Test and the Terms", ivi, pp. 237-249; S. PRECHAL, "Direct Effect Reconsidered", ivi; J. BENGOETXEA, "Direct Applicability or Effect", in *A True European. Essays for Judge David Edward* (a cura di Hoskins, Robinson), Oxford, 2004, pp. 353-366; M. WATHELET, "Du concept de l'effet direct à celui de l'invocabilité au regard de la jurisprudence récente de la Cour de justice", ivi, pp. 367-390, pp. 372-380; S. PRECHAL, *Directives*[2], Oxford, 2015, in specie pp. 97-106; M. DOUGAN, "When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy", in *Common Market Law Review*, 2007, p. 931 ss.; S. PRECHAL, "Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union", in *The Fundamentals of EU Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate* (a cura di Barnard), Oxford, 2007, pp. 35-69; J. BENGOETXEA, "Is Direct Effect a General Principle of European Law?", in *General Principles of EC Law in a Process of Development* (a cura di Bernitz, Nergelius, Cardner), Alphen aan de Rijn, 2008, pp. 3-24; S. PRECHAL, "Protection of

occupata approfonditamente di questi temi, peraltro, è, al suo interno, divisa[4]. In quest'ottica, ho l'impressione che quel che accomuna la totalità, o quasi, degli studiosi è la visione dell'efficacia diretta quale indispensabile strumento d'integrazione. Esiste, pertanto, un accordo sul passato dell'effetto diretto. Sul presente e sul futuro la convergenza non c'è. Quanto al presente, vi sono opinioni contrarie circa il *come* la dottrina dell'effetto diretto è interpretata e applicata dalla Corte di giustizia. Quanto al futuro, non c'è accordo in merito al ruolo che detta dottrina dovrebbe avere nella sistematica dei rapporti tra diritto UE e diritto nazionale: alcuni ne continuano a cogliere le potenzialità mentre altri ne evidenziano i limiti o addirittura l'inattualità.

In un tale quadro, l'articolo propone otto argomenti principali.

1) Gli elementi costitutivi dell'effetto diretto non sono necessariamente quelli che solitamente vengono insegnati all'università e/o ricercati dall'interprete (chiarezza, precisione, incondizionatezza) e, in ogni caso, il *test* sull'effetto diretto enucleato dalla Corte di giustizia UE, allo stato attuale e per com'è interpretato oppure (r)aggirato dalle corti UE, solleva diverse problematicità.

Rights: How Far?", in *The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts* (a cura di Prechal, Van Roermund), Oxford, 2008, pp. 155-182; C.W.A. TIMMERMANS, "Un nouveau chapitre sur l'invocabilité des directives", in *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet – L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Paris, 2008, pp. 291-302; B. DE WITTE, "Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order", in *The Evolution of EU Law*[2] (a cura di Craig, De Búrca), Oxford, 2011, pp. 323-362; J. ZILLER, "Relire *van Gend en Loos* (Reading *Van Gend en Loos* Once Again)", in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 513 ss.; M. BOBEK, "Van Gend en Loos +50", cit.; D. CHALMERS, L. BARROSO, "What Van Gend en Loos Stands for", in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 105 ss.; S. ROBIN-OLIVIER, "The Evolution of Direct Effect in the EU: Stocktaking, Problems, Projections", in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 165 ss.; J. H. JANS, M. VERHOEVEN, "Europeanisation via Consistent Interpretation and Direct Effect", in *Europeanisation of Public Law*[2] (a cura di Jans, Prechal, Widdershoven), Groningen, 2015, pp. 71-132; C. WOHLFAHRT, *Die Vermutung unmittelbarer Wirkung des Unionsrechts. Ein Plädoyer für die Aufgabe der Kriterien hinreichender Genauigkeit und Unbedingtheit*, Heidelberg, 2016; R. SCHÜTZE, "Direct and indirect effects of Union law", in *Oxford Principles of EU Law* (a cura di Schütze, Tridimas), Oxford, 2018, 265-310; A. RASI, "Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile", in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 555 ss.; L. SQUINTANI, J. LINDEBOOM, "The Normative Impact of Invoking Directives: Casting Light on Direct Effect and the Elusive Distinction between Obligations and Mere Adverse Repercussions", in *Yearbook of European Law*, 2018, p. 1 ss.

[4] Rilevano l'esistenza di queste divergenze D. EDWARD, "Direct Effect: Myth", cit., in specie p. 3 e K. LENAERTS, T. CORTHAUT, "Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law", in *European Law Review*, 2006, p. 287 ss., in specie p. 297.

2) Le categorie dell'effetto diretto e della diretta applicabilità, benché concettualmente distinte, nella pratica, sono coincidenti.

3) Esistono due dimensioni dell'effetto diretto, una soggettiva e sostitutiva, ispirata dalla logica che indirizza la dottrina *Van Gend & Loos*[5], l'altra, non riconducibile a *Van Gend & Loos* e riconosciuta implicitamente a partire da *Becker*[6], di carattere oggettivo e oppositivo, mancando il conferimento diretto di una posizione giuridica sulla base della norma UE e operando quest'ultima quale parametro di legittimità del diritto nazionale, come nei casi *Unilever*[7] e *Cia Security*[8], anziché in chiave sostitutiva del diritto interno.

4) Una norma UE è direttamente efficace se è incondizionata (i) *e* se la sua applicazione, e la conseguente disapplicazione del diritto interno che ne deriva, determina un vantaggio per il singolo (ii).

5) A dispetto del supposto assioma *Simmenthal*[9], più volte reiterato nella giurisprudenza UE, ad esempio recentemente in *Poplawski II*[10], la Corte di giustizia impone la disapplicazione, esplicitamente o implicitamente, anche in situazioni nelle quali c'è il solo primato mentre la norma UE è priva della diretta efficacia, come avviene nei casi *Lucchini*[11] e *Taricco*[12].

6) Affermare o accettare *de facto* che esiste l'obbligo di disapplicare a prescindere dall'effetto diretto rischia di sovvertire principi cardine del diritto UE, quali quelli d'attribuzione e di sussidiarietà, con la conseguenza di fornire una delega in bianco alle istituzioni UE suscettibile di mettere in discussione indebitamente la *ratio* insita nei rapporti tra ordinamento UE e ordinamenti degli Stati membri.

[5] Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, causa 26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

[6] Corte di giustizia, sentenza del 19 gennaio 1982, *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, causa 8/81, ECLI:EU:C:1982:7.

[7] Corte di giustizia, sentenza del 26 settembre 2000, *Unilever Italia SpA c. Central Food SpA*, causa C-443/98, ECLI:EU:C:2000:496.

[8] Corte di giustizia, sentenza del 30 aprile 1996, *CIA Security International SA c. Signalson SA e Securitel SPRL*, causa C-194/94, ECLI:EU:C:1996:172.

[9] Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal SpA*, causa C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

[10] Corte di giustizia, sentenza del 24 giugno 2019, *Procedimento penale a carico di Daniel Adam Popławski*, causa C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530.

[11] Corte di giustizia, sentenza del 18 luglio 2007, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA*, causa C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434.

[12] Corte di giustizia, sentenza dell'8 settembre 2015, *Procedimento penale a carico di Ivo Taricco e a.*, causa C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 e sentenza del 5 dicembre 2017, *M.A.S., M.B.*, causa C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936.

7) A differenza di quanto rilevato in dottrina da alcuni studiosi, Pescatore e Prechal[13] *in primis*, l'effetto diretto, in quanto principio fondante del diritto UE e strumento-sintesi dei diversi ordinamenti giuridici, continua a essere una dottrina *utile*, sintomo dell'originalità dell'ordinamento sovranazionale comunitario il quale, pur emancipatosi dal diritto internazionale, non è ancora federale.

8) La Corte di giustizia, per un verso, è *self restraint* quando evita consapevolmente di cristallizzare «*une certaine ideé*»[14] di effetto diretto, nonostante la natura costituente di questo principio e le esigenze di certezza del diritto che vi sono collegate, e, dall'altro, è *judicial activist* perché frequentemente adopera il rimedio della disapplicazione al fine di mettere in discussione le normative nazionali, sia estendendo in misura eccessiva lo strumento dell'interpretazione conforme sia ravvisando l'effetto diretto dove non c'è oppure prescindendone nel suo ragionamento.

2. Test *sull'effetto diretto, incondizionatezza e diretta applicabilità,* oggi

Come noto, dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, a cominciare da *Van Gend & Loos*, per come precisata in numerose pronunce successive, *Ratti*[15] innanzitutto, si ricava che la norma di diritto UE è direttamente efficace quando contiene un obbligo chiaro, preciso e incondizionato. Il precetto, cioè, deve essere sufficientemente determinato, definito e completo, «giuridicamente perfetto»[16], così che i singoli possano ricostruirne il contenuto e invocare la norma UE di fronte alle autorità nazionali le quali, a loro volta, saranno obbligate ad applicarla e, se necessario, disapplicare la normativa nazionale contrastante. In questo senso, una disposizione contiene un obbligo univoco, cioè sufficientemente «assoluto ed esplicito»[17], quando l'aspetto sostanziale, cioè l'idoneità a produrre effetti immediati nei rapporti tra Stato e individui, in termini verticali, oppure, orizzontalmente, tra individui, tramite

[13] Si vedano, in particolare ma non solo, le riflessioni in P. PESCATORE, "The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law", in *European Law Review*, 1983, p. 155 ss. e in S. PRECHAL, "Does Direct", cit.

[14] Il riferimento è a P. PESCATORE, "The Doctrine", cit., p. 157.

[15] Corte di giustizia, sentenza del 5 aprile 1979, *Procedimento penale a carico di Tullio Ratti*, causa C-148/78, ECLI:EU:C:1979:110.

[16] Corte di giustizia, sentenza del 27 giugno 1989, *Heinz Kühne c. Finanzamt München III*, causa C-50/88, ECLI:EU:C:1989:262, punto 26.

[17] Corte di giustizia, sentenza del 22 marzo 1977, *Iannelli & Volpi SpA c. Ditta Paolo Meroni*, causa C-74/76, ECLI:EU:C:1977:51, punto 13.

l'attribuzione di una posizione giuridica soggettiva, trova declinazione anche sul piano processuale, dunque sul piano dello strumento di tutela fornito al singolo, titolare di un diritto/una facoltà da far valere in sede gurisdizionale al fine di esigerne l'osservanza[18].

Quanto al presupposto della chiarezza e precisione, termini strettamente connessi al punto da funzionare come endiadi, la Corte lo ritiene integrato allorché la norma «sancisce un obbligo in termini non equivoci»[19]. A tale scopo, i giudici UE prescindono da un approccio puramente formalista, optando invece per un'interpretazione elastica, nella consapevolezza che è tanto più semplice applicare una regola di diritto quando «non sussistono dubbi sul suo contenuto» ed è così capace di produrre «di per sé effetti giuridici»[20].

Ad oggi, vale quanto la Corte afferma in *Francovich*[21]. Perché la norma UE sia direttamente efficace, tre elementi cumulativi devono essere ivi specificati o desunti in via interpretativa: titolarità dell'obbligo, titolarità del diritto e contenuto del diritto-obbligo[22].

Per quel che concerne il presupposto dell'incondizionatezza, secondo la Corte, esso è soddisfatto se l'applicazione della norma non è subordinata, «per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti»[23], all'emanazione di ulteriori misure integrative e/o di esecuzione adottate dalle autorità nazionali o dalle istituzioni UE[24].

Ciò detto, le domande da porsi sono: i presupposti della precisione, della chiarezza e dell'incondizionatezza sono davvero sempre adoperati dalla Corte di giustizia per verificare la diretta efficacia del diritto UE?

[18] Sul collegamento tra questi due piani, sostanziale e processuale, si veda S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, pp. 21-22.

[19] Cfr., a titolo esemplificativo, Corte di giustizia, sentenza del 17 settembre 1996, *Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio e altre c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, cause riunite C-246/94, C-247/94, C-248/94 e C-249/94, ECLI:EU:C:1996:329, punto 19.

[20] Così l'Avvocato generale Léger, conclusioni dell'11 gennaio 2000, *Granducato del Lussemburgo c. Berthe Linster, Aloyse Linster e Yvonne Linster*, causa C-287/98, ECLI:EU:C:2000:3, punto 38.

[21] Corte di giustizia, sentenza del 19 novembre 1991, *Andrea Francovich e altri c. Repubblica italiana*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428.

[22] Si veda, per tutti, la ricostruzione svolta da L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*[6], Milano, 2018, p. 251, il quale, peraltro, la circoscrive alla chiarezza e alla precisione.

[23] Corte di giustizia, sentenza del 26 ottobre 2006, *G. Pohl-Boskamp GmbH & Co. KG c. Gemeinsamer Bundesausschuss*, causa C-317/05, EU:C:2006:684, punto 41.

[24] Cfr., *inter alia*, Corte di giustizia, sentenza del 3 settembre 2014, *Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs c. GMAC UK plc*, causa C-589/12, ECLI:EU:C:2014:2131, punto 30.

La loro applicazione cambia in ragione della natura giuridica della norma UE? Hanno tutti e tre pari rilevanza nell'analisi condotta dai giudici UE? In definitiva, sono ancora utili ai fini della ricostruzione dommatica e giurisprudenziale dell'istituto dell'efficacia diretta?

In primo luogo, oramai, in parecchie sentenze, il concetto di chiarezza, presente nella giurisprudenza più risalente[25], non è neppure richiamato.

In secondo luogo, l'interpretazione dei presupposti dell'effetto diretto effettuata dalla Corte di giustizia è estensiva[26]. Norme le quali, a una prima lettura, non sono chiare, precise e incondizionate, sono state considerate tali dai giudici UE attraverso un'interpretazione flessibile e teleologica. Una tale impostazione è palese in *Van Gend & Loos* e lo è ancora di più nella giurisprudenza successiva, a partire in particolare dalle cause *Reyners*[27] e *Defrenne*[28], dove il *test* è stato ulteriormente «*relaxed*»[29], «*loosened*»[30] e «*broadened*»[31] dai giudici UE al fine di evitare che disposizioni meno compiute dell'articolo 12 TCEE non potessero soddisfarlo[32]. È come se, ad oggi, vi fossero "più effetti diretti" anziché un solo effetto diretto e più *test* anziché un solo «*real test*».

[25] Cfr., a titolo esemplificativo, Corte di giustizia, sentenza del 19 giugno 1973, *Carmine Capolongo c. Azienda Agricola Maya*, causa 77-72, ECLI:EU:C:1973:65, punto 11. In argomento, A. BLECKMANN, "L'applicabilité directe du droit communautaire", cit., p. 98, precisa : «*[B]ien quel les arrêts emploient parfois ces notions concurrement, elles se réfèrenet à un imp contenu*».

[26] In dottrina esplicitamente sul punto M. BOBEK, "Van Gend en Loos +50", cit., p. 182; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law. Text and Materials*[3], Cambridge, 2014, p. 295; P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases, and Materials*[6], Oxford, 2015, p. 190; R. SCHÜTZE, *European Union Law*[2], Cambridge, 2018, pp. 83-85; A.P. CAPIK, "Five Decades Since Van Gend and Costa Came to Town: Primacy and Indirect Effect Revisited", in *Research Handbook in EU Institutional Law* (a cura di Lazowski, Blockmans), Cheltenham, 2016, pp. 379-420, p. 387; M. BOBEK, "The Effects of EU Law in the National Legal Systems", in *European Union Law*[2] (a cura di BARNARD, PEERS), , Oxford, 2017, pp. 143-176, pp. 148-149. Parla di «criteri lette in maniera estensiva» O. PORCHIA, "La dinamica dei rapporti tra norme interne e dell'Unione nel dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia", in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 71 ss., p. 76.

[27] Corte di giustizia, sentenza del 21 giugno 1974, *Jean Reyners c. Stato belga*, causa C-2/74, ECLI:EU:C:1974:68.

[28] Corte di giustizia, sentenza dell'8 aprile 1976, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, causa C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56.

[29] D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *op. cit.*, p. 295.

[30] R. SCHÜTZE, *European Union Law*, cit., p. 84.

[31] P. CRAIG, G. DE B BURCA, *op. cit.*, p. 190.

[32] Sottolinea questo aspetto R. SCHÜTZE, *European Union Law*, cit., pp. 83-84. C'è addirittura chi, come M. BOBEK, "The Effects of EU Law", cit., p. 150, si riferisce a più «*direct effects*».

In terzo luogo, il fatto che i giudici UE, nella loro giurisprudenza, spesso verifichino la presenza dei presupposti dell'effetto diretto non significa che lo facciano sempre e con riferimento a tutte le fonti di diritto dell'Unione. Come afferma l'Avvocato generale Van Gerven nelle conclusioni nella causa *Banks*, «ad un esame più attento la giurisprudenza della Corte mostra un certo numero di sfumature nella formulazione di queste condizioni»[33].

Con riguardo all'obbligo (negativo) di non fare o di astensione, il *test* è applicato blandamente oppure capita che non sia neanche menzionato[34]. Vale, tutt'oggi, quanto rilevano i giudici UE nella causa *Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH* a proposito di norme europee le quali, contenenti un divieto, sono per «loro natura»[35] sufficientemente precise, incondizionate e, quindi, direttamente efficaci.

Con riferimento all'obbligo (positivo) di fare, l'indagine sui presupposti assume un peso più decisivo dal momento che si tratta di norme conferenti una posizione giuridica soggettiva attraverso le quali il singolo intende ottenere prestazioni dallo Stato (o anche da soggetti privati)[36].

In ogni caso, la Corte, nella sua più recente giurisprudenza, sembra condurre una vera e propria verifica circa la presenza della precisione e dell'incondizionatezza, allo stato attuale, solo con riguardo a disposizioni di direttive, seppure, anche con riferimento a questi atti, l'indagine può variare da caso a caso[37] e comunque non è sempre eseguita. Insomma, differentemente da quanto la maggior parte della dottrina, solitamente, sembra ritenere[38], la Corte di giustizia non si serve sempre e comunque di un'analisi concernente i presupposti dell'effetto diretto. Il caso della Carta dei diritti fondamentali e dei principi generali del diritto

[33] Avvocato generale Van Gerven, conclusioni del 27 ottobre 1993, *H.J. Banks & Co. Ltd c. British Coal Corporation*, causa C-128/92, ECLI:EU:C:1993:860, punto 27.

[34] Non è sempre il caso, ovviamente; cfr., a titolo esemplificativo, Corte di giustizia, sentenza del 27 giugno 1989, *Heinz Kühne c. Finanzamt München III*, causa 50/88, ECLI:EU:C:1989:262, punto 23.

[35] Corte di giustizia, sentenza del 3 aprile 1968, *Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH c. Hauptzollamt Paderborn*, causa 28-67, ECLI:EU:C:1968:17, p. 207.

[36] Non è sempre così, però; cfr. *Reyners*, cit., punto 25.

[37] Sulla specificità delle direttive quanto ai presupposti dell'effetto diretto si veda L. COUTRON, "Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives", in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2015, p. 39 ss.

[38] Si vedano, ad esempio, F. PICOD, "Le statut des particuliers, désormais titulaires de droits individuels", in *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos*, cit., pp. 81-92, p. 82; U. VILLANI, "Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant'anni", in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 225 ss., p. 236.

dell'Unione è emblematico: nella stragrande maggioranza delle pronunce[39] manca un riferimento ai presupposti e/o al *test*.

Insomma, un'applicazione *à la carte* e a geometria variabile del *test*. Un'evanescenza, peraltro, che riguarda anche l'approccio adottato dalle corti nazionali[40], sempre meno orientate a verificare l'eventuale presenza dei presupposti dell'effetto diretto.

In quarto luogo, mi pare che, *de facto*, il requisito dell'incondizionatezza, assorba la chiara precisione o precisa chiarezza. Insomma, se una norma può essere chiara/precisa, non è detto che sia incondizionata, mentre, se una norma è incondizionata, allora, secondo me, è necessariamente chiara/precisa. Se non è necessario un atto ulteriore che ne dia immediata attuazione, allora, l'obbligo contenuto nella norma UE è necessariamente chiaro/preciso. Le direttive particolareggiate/dettagliate, ad esempio, non sono automaticamente direttamente efficaci. È frequente ma non è detto che lo siano[41] proprio perché la circostanza che siano dettagliate e, quindi, precise non comporta che siano sempre *anche* incondizionate.

In quinto luogo, la circostanza che la diretta applicabilità sia una caratteristica espressamente attribuita ai regolamenti non esclude *a priori*, per un verso, che norme ivi contenute debbano essere necessariamente recepite sul piano interno perché vengano direttamente applicate[42], per l'altro, che altre fonti del diritto UE, di diritto primario e derivato, seppure di per sé non definite direttamente applicabili dai trattati o dalla Corte di giustizia, contengano obblighi i quali, per risultare concretamente operativi, prescindono dall'attuazione, a livello nazionale, di misure ulteriori[43]. Al di là di questioni terminologiche, la diretta applicabilità è una caratteristica dei regolamenti, ma può esserlo anche, sotto forma d'incondizionatezza dell'obbligo, delle altre fonti del diritto UE, primarie e de-

[39] Riferimenti sono, invece, presenti nelle seguenti sentenze: Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2018, *Bauer*, cause riunite C-569/16 e C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871, punti 70-72, 77 e 85; Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2018, *Max-Planck*, causa C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, punti 63-68, 74.

[40] Così V. ONIDA, "A cinquant'anni dalla sentenza *Costa-Enel*: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza", in Costa/Enel*: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo* (a cura di Nascimbene), Milano, 2015, pp. 29-53, p. 45.

[41] Sul punto si veda G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*[7], Padova, 2012, p. 172.

[42] Cfr. Avvocato generale Warner, conclusioni del 19 novembre 1974, *Filippo Galli*, causa 31-74, ECLI:EU:C:1974:126, p. 70.

[43] Sul punto si veda K. LENAERTS, *Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, 1988, in specie p. 560.

rivate[44]. Dall'esame della giurisprudenza si evince, infatti, che, se, per un verso, la natura dei regolamenti è diversa da quella delle direttive e decisioni, per l'altro, in termini di effetti, non vi sono differenze significative quando non sono richiesti atti nazionali di recepimento[45]. Insomma, incondizionatezza, in ultima analisi, significa diretta applicabilità, laddove una norma UE incondizionata, suscettibile di applicazione immediata e a prescindere da misure ulteriori di attuazione, è, per sua natura, direttamente applicabile.

Per quel che riguarda più approfonditamente la relazione tra efficacia diretta e applicabilità diretta, la maggior parte degli studiosi[46], come noto, ritiene che i due termini non siano interscambiabili, come si evincerebbe, oramai, da un'abbondante giurisprudenza in materia[47]. L'idea principale è che, mentre l'applicabilità diretta pertiene a una qualità oggettiva della norma che non presuppone un'*auctoritas interpositio*, non richiedendo, per produrre effetti, alcun provvedimento interno ulteriore e non dovendo quindi essere trasformata in norma interna[48], l'efficacia diretta indica, invece, l'incidenza del diritto UE sulla sfera soggettiva del singolo, con il conseguente conferimento di diritti che egli potrà azionare, anche (ma non solo) in sede giurisdizionale[49], nei confronti dello Stato (nelle sue molteplici ramificazioni) e/o di soggetti privati. Come rilevato in dottrina da colui il quale ha evidenziato, tra i primi, la necessità

[44] *Contra* L. DANIELE, *Diritto*, cit., p. 249.

[45] In senso contrario si vedano le considerazioni di G. BEBR, "Directly Applicable Provisions of Community Law: The Development of a Community Concept", in *International and Comparative Law Quarterly*, 1970, p. 257 ss., in specie pp. 283-298, e J. A. WINTER, "Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law", in *Common Market Law Review*, 1972, p. 425 ss., in specie p. 437. Per una (condivisible) critica alle posizioni espresse dagli autori da ultimo citati si veda J. STEINER, "Direct Applicability in EEC Law – A Chameleon Concept", in *Law Quarterly Review*, 1982, p. 229 ss., in specie pp. 231-232.

In giurisprudenza cfr. Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1970, *SpA SACE c. Ministero delle finanze della Repubblica italiana*, causa C-33/70, ECLI:EU:C:1970:118, quanto alle direttive, e sentenza del 6 ottobre 1970, *Franz Grad c. Finanzamt Traunstein*, causa 9-70, ECLI:EU:C:1970:78, quanto alle decisioni.

[46] Si veda, *inter alia*, M. CONDINANZI, *L'adattamento al diritto comunitario e dell'UE*, Torino, 2003, pp. 18-20; E. CANNIZZARO, "La dottrina degli effetti diretti in taluni dei suoi sviluppi più recenti", in *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea* (a cura di Distefano), Napoli, pp. 9-20, in specie pp. 13-19.

[47] Sul punto si veda L. DANIELE, *Diritto*, cit., in specie p. 249.

[48] Parla di trasformazione R. KOVAR, "La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire. Cours général de droit communautaire", in *Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, The Hague, 1995, p. 15 ss., p. 56.

[49] Per una ricostruzione, in questo senso, si veda U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*[5], Bari, 2017, pp. 266-267.

di distinguere tra diretta applicabilità e diretta efficacia, la prima pertiene a *come* il diritto UE è incorporato nell'ordinamento degli Stati membri, quale «*law of the land*», mentre la seconda ha a che vedere con il *come* detto diritto, divenuto «*law of the land*», può essere invocato da soggetti privati dinanzi a corti nazionali[50].

Ad avviso di chi scrive, una tale ricostruzione è corretta in termini teorici. Tuttavia, la problematica relativa ai rapporti tra effetto diretto e diretta applicabilità investe un secondo piano. Un piano non teorico o ricostruttivo, ma pratico e operativo. Alla prova dei fatti, non pare condivisibile ritenere che diretta efficacia e diretta applicabilità siano categorie distinte per due ordini di ragioni.

La prima è che dall'analisi di parte della giurisprudenza si evince che diretta efficacia e diretta applicabilità si fondono, dal momento che quel che, effettivamente, conta, dal punto di vista degli operatori del diritto[51], in particolare dei giudici nazionali, è se la norma UE sia giustiziabile, applicabile, cioè, al caso di specie[52]. Questa è la domanda centrale che il giudice, consapevole di dover dare precedenza al diritto UE rispetto al diritto nazionale, deve porsi. Il resto rimane sullo sfondo.

Ciò è confermato dalla lettura della versione originale di parte della giurisprudenza UE e della sua traduzione, ad esempio in inglese e francese, confrontata con il testo italiano. A titolo esemplificativo, nella pronuncia *Reyners*, a proposito dell'(allora) articolo 52 TCEE, attuale articolo 49 TFUE, in materia di libertà di stabilimento, è osservato dalla Corte, nella versione italiana, che si tratta di una disposizione «direttamente efficace», mentre, nei testi inglese e francese, è fatto riferimento alla sua natura, rispettivamente, «*directly applicable*» e «*directement applicable*»[53].

La seconda ragione consiste nella circostanza che, se incondizionatezza significa diretta applicabilità e l'incondizionatezza, assorbendo chiarezza e precisione, è *la* condizione necessaria e sufficiente dell'effetto diretto, tra efficacia diretta e diretta applicabilità la relazione è di piena immedesimazione, di coincidenza, piuttosto che di "semplice" interdipendenza.

[50] J.A. WINTER, "Direct Applicability", cit., p. 425.

[51] Si vedano, per tutti, G. TESAURO, *Diritto*, cit., p. 165; R. KOVAR, *L'intégrité*, cit., pp. 161-162.

[52] Anche come parametro di legittimità del diritto nazionale e a prescindere dal conferimento di un diritto, in senso stretto, in capo al singolo; sul punto vedi il § successivo.

[53] Causa *Reyners*, cit., punto 32.

3. Effetto diretto soggettivo/sostitutivo ed effetto diretto oggettivo/oppositivo: nella giurisprudenza UE

Van Gend & Loos non è solamente una storica sentenza resa dalla Corte di giustizia. Al contrario, *Van Gend & Loos* dà il via a una dottrina che ha orientato e continua a orientare la giurisprudenza UE e che postula, quale elemento costitutivo, se intesa com'era intesa quando fu inizialmente concepita dalla Corte, il conferimento di un diritto[54] in capo al singolo. In questo senso, l'effetto diretto ha natura soggettiva.

Il corollario che deriva dall'attribuzione di un diritto individuale quale *core* dell'effetto diretto soggettivo è che la norma UE direttamente efficace si sostituisce, come *Alternativ-Normierung*, alla norma interna, nel disciplinare la fattispecie al vaglio del giudice nazionale. L'efficacia diretta di tipo soggettivo, pertanto, produce effetti comunemente definiti "sostitutivi". In questo quadro, "disapplicazione", nell'ottica *Van Gend & Loos*, significa che l'efficacia diretta soggettiva, ancor prima di produrre un effetto sostitutivo, determina un effetto oppositivo, ossia di esclusione della contrastante norma nazionale.

Ciò detto, a mio avviso, esiste una dimensione dell'effetto diretto diversa da quella soggettiva-sostitutiva riconducibile alla dottrina *Van Gend en Loos*. Si tratta dell'effetto diretto oggettivo-oppositivo *tout court*, cioè della cosiddetta *invocabilité d'exclusion*[55].

Effetto diretto oggettivo-oppositivo significa che gli effetti prodotti da una norma UE direttamente efficace possono consistere nell'esclusione di una norma nazionale che sia in violazione del diritto UE, anche a prescindere dall'attribuzione diretta di una posizione giuridica individuale che deriva dalla norma europea e si sostituisce alle disposizioni di diritto interno, "prendendone il posto". Detto in altri termini, il singolo non risulta immediatamente destinatario di posizioni giuridiche favorevoli riconosciute nell'ordinamento dell'Unione e che trovano attuazione in sostituzione di quelle nazionali. Egli fa valere una norma UE non già per azionare un diritto ivi riconosciuto bensì per richiedere e ottenere un controllo di legittimità di una norma di diritto interno, di una misura amministrativa o di una sentenza (e la loro conseguente disapplicazione), allo scopo di beneficiare della modifica della situazione normativa conseguente alla produzione di effetti oppositivi determinata dall'applicazione del diritto UE. Quel che l'individuo invoca, in pratica, è l'obbligo

[54] A prescindere dalla sua qualificazione giuridica a livello nazionale.

[55] Tra i primi si vedano Y. GALMOT, J.C. BONICHOT, "La Cour", cit., e T. DAL FARRA, "L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité", in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1992, p. 631 ss.

contenuto nella norma europea; quel che vuole ottenere è la realizzazione di un vantaggio/un interesse quale risultato della disapplicazione.

L'elemento in comune tra effetto diretto soggettivo-sostitutivo ed effetto diretto oggettivo-oppositivo sta nel verificarsi dell'esclusione, cioè nella disapplicazione; la fondamentale divergenza sta nella circostanza che mentre l'esclusione è sempre presente nell'efficacia diretta soggettiva *insieme* a un effetto sostitutivo proprio perché la norma UE crea direttamente una posizione giuridica ed è questa posizione giuridica a governare la fattispecie concreta al posto della posizione di diritto interno, nell'efficacia diretta oggettiva l'effetto è solo oppositivo/di esclusione, mai sostitutivo, e la fattispecie è governata dal diritto nazionale "sopravvissuto" alla disapplicazione. In questo senso, il diritto dell'Unione "immunizza" da una norma o da un'azione dello Stato[56] e, così facendo, opera come scudo e non come spada[57].

È sufficiente pensare a due ipotesi: l'ordinamento nazionale prevede una deroga, incompatibile con il diritto UE; l'ordinamento nazionale prevede regole tecniche di carattere commerciale, di modifica di regole tecniche previgenti, le quali, nonostante quanto imposto dal diritto dell'Unione, non sono state notificate dallo Stato alla Commissione e sono quindi inopponibili all'individuo. In entrambi i casi il singolo invoca il diritto UE al fine di ottenere la disapplicazione del diritto nazionale, senza che si concretizzi il conferimento di una posizione giuridica individuale scaturente da una norma UE e senza che quest'ultima norma si sostituisca al diritto nazionale.

Ciò detto, mi pare che, nella letteratura, la maggior parte degli studiosi, espressamente o implicitamente, ritenga che la nozione dell'effetto diretto debba essere collegata al conferimento di un diritto in capo al singolo e, in quanto tale, debba essere circoscritta al modello *Van Gend & Loos*, per come si è evoluto nel corso degli anni. Una tale ricostruzione, tuttavia, solleva parecchie perplessità, a cominciare da quelle che emergono dalla lettura della giurisprudenza UE. Una giurisprudenza, in particolare quella concernente le direttive, che va interpretata nel senso di privilegiare una concezione ampia di effetto diretto, inclusiva dell'effetto diretto di tipo oggettivo.

Il punto d'inizio nel processo di oggettivazione dell'effetto diretto, quale forma ulteriore rispetto all'effetto diretto soggettivo, è rappresenta-

[56] Così C. HILSON, T. DOWNES, "Making Sense of Rights: Community Rights in EC Law", in *European Law Review*, 1999, p. 121 ss., p. 132.

[57] Così B. DE WITTE, "The Continuous Significance of *Van Gend En Loos*", in *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (a cura di Poiares Maduro, Azoulai) Oxford, 2010, pp. 9-15, p. 12.

to dalla sentenza *Becker*, in merito all'articolo 13, parte B, lett. d), n. 1, della sesta direttiva 77/388, in fatto di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative all'imposta sulla cifra d'affari. Al punto 25 la dicotomia tra le due manifestazioni dell'effetto diretto (soggettiva e oggettiva)[58] è chiara: viene individuata un'alternativa tra due manifestazioni dell'efficacia diretta allorché è scritto che, in tutti i casi in cui disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, il singolo può richiamarle, in mancanza di provvedimenti d'attuazione adottati entro i termini, «per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva, *ovvero* in quanto sono atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti dello Stato»[59]. Una tale formula è più volte reiterata nella giurisprudenza della Corte di giustizia[60].

Anche laddove la formula non sia riproposta, mi sembra che la giurisprudenza sia nel senso di ammettere una dimensione oggettiva-oppositiva dell'effetto diretto, anche quando non c'è un chiaro riferimento né ai suoi presupposti né alla nozione di diretta efficacia.

Ad esempio, con riferimento a un'ipotesi di *administrative review*, in *Kraaijeveld*, in relazione all'interpretazione della direttiva 85/337, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati[61], che si trova peraltro al centro di parecchie pronunce successive, la Corte afferma, a proposito dell'obbligo di sottoporre taluni progetti alla valutazione d'impatto ambientale, che la circostanza secondo cui gli Stati membri dispongono, in virtù degli articoli 2, n. 1, e 4, n. 2 della direttiva, di un certo margine di discrezionalità, non esclude che un controllo giurisdizionale possa essere effettuato al fine di verificare se gli organi nazionali non abbiano ecceduto detto margine. Nel caso in cui esso sia stato superato e, pertanto, le disposizioni nazionali debbano essere

[58] Che non sia una «*false dicothomy*» è scritto in COMMON MARKET LAW REVIEW, "Editorial Comments. Horizontal direct effect – A law of diminishing coherence?", in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1 ss., p. 4.

[59] Causa *Becker*, cit., punto 25 (corsivo aggiunto). «Ovvero» nel senso di "oppure", ovviamente, come confermato, peraltro, dalla lettura della versione francese e di quella inglese: «*ou encore, en tant qu'elles sont de nature à définir des droits que les particuliers sont en mesure de faire valoir à l'égard de l'État*»; «*or in so far as the provisions define rights which individuals are able to assert against the State*».

[60] Cfr., in termini identici a *Becker*, Corte di giustizia, sentenza del 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo SpA c. Comune di Milano*, causa 103/88, ECLI:EU:C:1989:256, punto 13 e Corte di giustizia, sentenza dell'8 giugno 2006, *Finanzamt Eisleben c. Feuerbestattungsverein Halle eV*, causa C-430/04, ECLI:EU:C:2006:374, punto 28.

[61] Direttiva 85/337/CEE del Consiglio, del 27 giugno 1985, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati (*G.U.C.E.* 5 luglio 1985 *L* 175, p. 40 ss.).

disapplicate, «spetta agli organi dello Stato membro, nell'ambito delle loro attribuzioni, adottare tutti i provvedimenti necessari, generali o particolari, affinché i progetti siano esaminati per stabilire se sono idonei a produrre un impatto ambientale importante e, in caso affermativo, siano assoggettati ad una valutazione d'impatto»[62].

Tra le sentenze nelle quali la nozione di effetto diretto è assente, a fronte di un accurato esame dei suoi presupposti e dell'invocabilità del diritto UE come parametro di legittimità del diritto nazionale incompatibile, la causa *Cia Security International*[63] è paradigmatica[64].

Nella sentenza, riguardante la direttiva 83/189, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche, la Corte osserva che gli articoli 8 e 9 di questa direttiva – in base ai quali gli Stati membri sono tenuti a notificare alla Commissione ogni progetto di regola tecnica rientrante nella sfera d'applicazione della direttiva e, tranne che in particolari casi d'urgenza, a sospenderne l'adozione e l'entrata in vigore durante determinati periodi – presentano i caratteri della precisione e dell'incondizionatezza per poter essere fatti valere dai singoli di fronte a un giudice nazionale «cui compete la disapplicazione di una regola tecnica nazionale che non sia stata notificata conformemente alla direttiva»[65]. Si tratta, infatti, osserva la Corte, di norme che prescrivono un obbligo preciso per gli Stati membri di notificare alla Commissione i progetti di regole tecniche prima della loro adozione[66]: la circostanza che esse abbiano natura procedimentale anziché sostanziale[67] non incide sulla loro natura giuridica né sugli effetti, negli ordinamenti nazionali, da esse prodotti[68].

Quanto alle cause dove, per un verso, non c'è alcun rinvio a precisione e incondizionatezza, per l'altro, il rinvio all'effetto diretto è pre-

[62] Corte di giustizia, sentenza del 24 ottobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. c. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, causa C-72/95, ECLI:EU:C:1996:404, punto 61.

[63] Causa *Cia Security International*, cit.

[64] Cfr., nella stessa direzione, Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 1991, *A. Verholen e altri c. Sociale Verzekeringsbank*, cause riunite C-87/90, C-88/90 e C-89/90, ECLI:EU:C:1991:314; Corte di giustizia, sentenza del 16 settembre 1999, *World Wildlife Fund (WWF) e a. c. Autonome Provinz Bozen e a.*, causa C-435/97, ECLI:EU:C:1999:418.

[65] Causa *Cia Security International*, cit., punto 32.

[66] *Ibidem*, punto 44.

[67] In quanto disposizioni che non pongono una regola materiale di condotta, come sottolinea S. AMADEO, "Diritto comunitario ed efficacia diretta degli obblighi statuali di carattere procedimentale", in *Il Foro italiano*, 1998, IV, col. 108 ss.

[68] In senso critico all'assimilazione dei profili procedimentali con quelli sostanziali si veda S. AMADEO, "Diritto", cit., in specie col. 110-119.

sente solo nelle "parole chiave" della sentenza, non nella sua motivazione, oppure nella breve esposizione, condotta dalla Corte, delle memorie depositate dalle parti o dagli altri soggetti intervenienti, è esemplificativa la pronuncia *Unilever*, con riguardo all'articolo 9 della direttiva 83/189 che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche[69].

È possibile individuare, inoltre, alcune sentenze nelle quali si configura un ordine di disapplicazione ma è assente qualsiasi rinvio all'effetto diretto, oltre che ai suoi presupposti. Siamo, dunque, nell'ambito dell'effetto oppositivo/di esclusione, pur mancando, anche solo nelle motivazioni o tra le "parole chiave", qualsiasi riferimento all'effetto diretto o ai suoi presupposti. *Bernáldez*, avente per oggetto l'interpre tazione della direttiva 72/166 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, e di controllo dell'obbligo di assicurare tale responsabilità[70], ne è un esempio. Nell'affare la Corte, senza esplicitarlo, impone ai giudici nazionali l'obbligo d'interpretare la direttiva nel senso di non ammettere l'eccezione contenuta nella legislazione spagnola, secondo cui l'assicuratore non sarebbe tenuto a indennizzare i danni alle persone e alle cose causati a terzi dal veicolo assicurato in caso di ebrietà del conducente del veicolo[71]. Un obbligo di disapplicazione viene prospettato, seppure surrettiziamente.

Un discorso analogo potrebbe applicarsi anche al recente caso *Lexitor*, in merito all'interpretazione dell'articolo 16, par. 1, della direttiva 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio[72], dove la Corte di giustizia sembrerebbe mettere in discussione la prassi vigente nella maggior parte degli Stati membri che abbiano recepito l'atto, nella misura in cui è stabilito che la norma deve essere interpretata nel senso che «il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso

[69] Cfr. altresì, tra le altre, Corte di giustizia, sentenza dell'11 agosto 1995, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, causa C-431/92, ECLI:EU:C:1995:260 (*Großkrotzenburg*).

[70] Direttiva 72/166/CEE del Consiglio, del 24 aprile 1972, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e di controllo dell'obbligo di assicurare tale responsabilità (*G.U.C.E.E.* 2 maggio 1972 *L* 103, p. 1 ss.).

[71] Corte di giustizia, sentenza Sentenza del 28 marzo 1996, *Procedimento penale a carico di Rafael Ruiz Bernáldez*, causa C-129/94, ECLI:EU:C:1996:143, punti 23-25.

[72] Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio (*G.U.C.E*. 22 maggio 2008, *L* 133, p. 66 ss.).

anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore»[73].

La disapplicazione è prospettata dalla Corte di giustizia in maniera esplicita nella causa *Melki*, dove la Corte, nel rilevare che il funzionamento del sistema instaurato dall'articolo 267 TFUE esige che il giudice nazionale sia «libero, da un lato, di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e, dall'altro, di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale di cui trattasi se egli la ritenga contraria al diritto dell'Unione»[74], prescinde *in toto* da un'indagine sull'effetto diretto.

Ora, anche laddove l'analisi sui presupposti dell'effetto diretto sia stringata o addirittura assente e/o il riferimento all'effetto diretto non vi sia oppure sia meramente incidentale, non c'è alcun elemento, desumibile dalla giurisprudenza UE, che induca a escludere, a monte, in questi casi, l'applicazione della dottrina della diretta efficacia. Anzi, nella pronuncia *Großkrotzenburg*, nella quale la Corte prescinde nel suo ragionamento dall'analisi sull'effetto diretto, il fatto stesso che i giudici UE respingono, con fermezza, la ricostruzione della loro giurisprudenza svolta dalla Germania centrata sulla considerazione che detta giurisprudenza ammetterebbe l'efficacia diretta delle disposizioni di una direttiva «solo nel caso in cui queste conferiscano diritti individuali a soggetti privati»[75], è un segnale della scelta dei giudici UE di non distinguere *a priori* tra l'effetto diretto in senso soggettivo/sostitutivo e l'efficacia diretta di tipo oppositivo.

In definitiva, il riconoscimento dell'effetto diretto non è necessariamente associato all'attribuzione di un diritto in capo al singolo. La circostanza che in *Unilever* è scritto che la direttiva, oggetto d'esame dei giudici UE, «non crea né diritti né obblighi per i singoli»[76], non può essere letta nel senso di negare l'efficacia diretta delle norme contenute nella direttiva[77]. Così è solo se si ritiene che l'effetto diretto sia associato sem-

[73] Corte di giustizia, sentenza dell'11 settembre 2019, *Lexitor*, causa C-393/18, ECLI:EU:C:2019:702, punto 37.

[74] Corte di giustizia, sentenza del 22 giugno 2010, *Aziz Melki e Sélim Abdeli*, cause riunite C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, punto 53.

[75] Causa *Großkrotzenburg*, cit., punto 24.

[76] Causa *Unilever*, cit., punti 51-52.

[77] *Contra*, esplicitamente, M. DOUGAN, "When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy", in *Common Market Law Review*, 2007, p. 931 ss., pp. 960-963. Nello stesso senso ID., "Case C-443/98*, Unilever Italia v. Central Food*", in *Common Market Law Review*, 2001, p. 1503 ss., dove, però, l'autore, in quest'ultimo scritto, ritiene che la disapplicazione sia il prodotto del primato

pre e comunque alla creazione di un diritto. Come detto sopra in relazione a *Cia Security International*, si tratta, tuttavia, di un argomento tautologico: se, invece, come fatto in questo lavoro, si supporta l'idea che una dissociazione tra queste due nozioni esiste ed è accettata dalla Corte di giustizia, il ragionamento formulato dai giudici UE in *Unilever*, improntato *in toto* a quello formulato in *Cia Security International*, non deve sorprendere più di tanto. L'invocazione della direttiva 189/1983 da parte della società Unilever Italia SpA, nell'ambito di una controversia avverso la società *Central Food* avente per oggetto il rifiuto di quest'ultima di dare seguito al pagamento di un'ingente fornitura di olio d'oliva (etichettato non conformemente alla legge nazionale) eseguita da Unilever, infatti, ha comportato la disapplicazione della normativa italiana in materia di etichettature, a svantaggio, pertanto, dell'impresa acquirente. L'effetto prodotto dall'applicazione del diritto UE è diretto nel senso che Central Food non ha potuto sciogliersi dall'obbligazione contrattuale che aveva assunto con Unilever: come sottolineato in dottrina, «*the disapplication of the Italian legislation created a "disability" for the purchaser and a correlative "immunity" for the seller*»[78].

Le considerazioni da ultimo svolte in merito a *Unilever* e *Cia Security International* confermano che l'effetto diretto, in queste e altre pronunce, c'è quando le norme UE sono incondizionate, determinano la disapplicazione delle norme di diritto interno e, grazie a detta disapplicazione, creano un vantaggio per il singolo.

4. (Segue): *e nella dottrina*

Indagata la giurisprudenza, passo a esaminare la dottrina, nella consapevolezza che, proprio alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale, diversi autori, nel tempo, hanno mutato approccio: Timmermans[79] e de Búrca[80], ad esempio, hanno abbandonato una concezione ristretta di effetto diretto, che aveva ispirato alcuni dei loro scritti, per privilegiare una visione diversa, più estesa, secondo la quale andrebbe rigettato il colle-

«*triggered*» dall'effetto diretto (p. 1507). Si veda anche M. WATHELET, "Du concept", cit., p. 377.

[78] COMMON MARKET LAW REVIEW, "Editorial Comments", cit., p. 1.

[79] Si vedano C.W.A. TIMMERMANS, "Directives", cit., pp. 544-551 e, poi, ID., "Un nouveau chapitre", cit., p. 295.

[80] Si vedano G. DE BÚRCA, "Giving Effect to European Community Directives", in *Modern Law Review*, 1992, p. 215 ss. E, poi, come co-autore, P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law,* cit., pp. 185-186.

gamento, strutturale, tra detto effetto e l'attribuzione di diritti in capo al singolo.

La dottrina tedesca, con riguardo in particolare alla causa *Großkrotzenburg*, è la prima a definire "oggettivo" l'effetto diretto, sottolineando che il diritto UE direttamente efficace può caratterizzarsi per l'assenza della creazione di diritti in capo al singolo[81]. Alla base di questa impostazione si pongono, più o meno esplicitamente, le riflessioni di Waelbroeck il quale, già negli anni settanta, individuava due categorie di effetto diretto: l'«*effet direct positif o immédiateté*», da un lato, l'«*effet direct simple ou négatif*», dall'altro[82]. Anche Bleckmann, sempre negli anni settanta e in termini ancora più sistematici di quanto fatto da Waelbroeck, anticipando quel che la Corte avrebbe teorizzato in *Becker* e nella sua giurisprudenza, ipotizzava che esistesse una forma più ampia di effetto diretto, non necessariamente collegata all'attribuzione di un diritto individuale. Nel sottolineare che le formule fino ad allora adoperate dai giudici UE facevano perno sulla produzione di «*effets directs*» ed «*effets immédiats»*, l'autore non esclude che «*la Cour de justice emploie le terme d'effet direct dans le sens plus larg d'applicabilité per le juge*»; in questo senso, «*la création de droits est un simple cas d'application de cette notion plus large*»[83].

Sulla base delle riflessioni di parte di questa dottrina, colei che per prima dedica studi approfonditi alle diverse manifestazioni dell'effetto diretto è Prechal, nella sua monografia del 1995, come rivista e aggiornata nel 2005, dove osserva che la definizione di effetto diretto «*in terms of the creation of individual or subjective rights as understood in national law will often be, if not impossible, then rather artificial and, moreover, unnecessary*»[84].

Nella stessa epoca, già Ruffert osservava che, secondo alcuni studiosi tedeschi, la Corte aveva creato l'«*"objective direct effect" as a new*

[81] Si vedano A. SCHERZBERG, "Die Innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien", in *Juristische Ausbildung*, 1993, p. 225 ss., in specie p. 229; A. EPINEY, "Unmittelbare Anwendbarkeit und Objektive Wirkung von Richtlinien", in *111 DVBL,* 1996, p. 409 ss., in specie p. 412; G. PECHSTEIN, "Die Anerkennung der Rein Objektiven Unmittelbaren Richtlinienwirkung", in *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 1996, p. 261 ss.; C. CALLIESS, "Zur unmittelbaren Wirkung der EG-Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung und iherer Umsetzung im deutschen Immissionsschutzrecht", in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1996, p. 339 ss.; N. REICH, "*"*System der subjektiven offentlichen Rechte*"* in the Union: A European Constitution for Citizens of Bits and Pieces", in *Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, The Hague, 1998, pp. 157-236.

[82] M. WAELBROECK, "L'immédiateté communautaire" , cit., pp. 85-90.

[83] A. BLECKMANN, "L'applicabilité directe", cit., pp. 89-90.

[84] S. PRECHAL, *Directives*, cit., p. 99.

form of direct effect [...] whereas the ordinary "subjective" direct effect should remain conditional upon the existence of an individual right»[85].

Sottolinea l'esistenza di un effetto diretto di tipo oggettivo, in uno scritto del 1998, Edward, il quale ritiene utile «*to adopt the German distinction between "objective" and "subjective" direct effect*»[86]. Di oggettivazione parla, pochi anni più tardi, anche Van Gerven, il quale, nel richiamare anch'egli la letteratura tedesca, facendo perno sulla dicotomia sostituzione-opposizione formulata dalla Corte da *Becker* in poi, pare condividere *in toto* il nucleo del ragionamento svolto da Edward allorché osserva che la disposizione di una direttiva può essere invocata per richiedere la non applicazione di norme nazionali che siano incompatibili con detta direttiva «*in themselves, cioè objectively without reference to any specific right granted to the claimant under the directive*»[87]. Recentemente, a parlare di «*objective justiciability*» è Bobek[88].

Tra chi ravvisa una sostanziale coincidenza tra effetto oppositivo ed efficacia obiettiva del diritto UE, in Italia, c'è Amadeo, il quale, tuttavia, perviene a una conclusione opposta rispetto agli studiosi finora citati (e alla tesi che orienta il presente studio): nel sottolineare il ruolo che il primato esercita nella giurisprudenza sugli effetti oppositivi, l'autore ritiene che non esista una forma di effetto diretto, di tipo oggettivo, con effetti oppositivi[89].

Al cuore della letteratura favorevole a una concezione ristretta di efficacia diretta, limitata alla sua dimensione soggettiva e agli effetti sostitutivi che ne derivano e centrata sull'esistenza di un diritto scaturente dalla norma UE[90] c'è l'elaborazione teorica di Winter il quale, nei primi

[85] M. RUFFERT, "Rights", cit., p. 320.

[86] D. EDWARD, "Direct Effect, the Separation of Powers", cit., p. 442.

[87] W. VAN GERVEN, "Of Rights, Remedies and Procedures", in *Common Market Law Review*, 2000, p. 501 ss., p. 506.

[88] M. BOBEK, "The Effects of EU Law", cit., p. 150. Anche F. BECKER, A. CAMPBELL, "The Direct Effect of European Directives: Towards the Final Act?", in *Columbia Journal of European Law*, 2007, p. 401 ss., in specie p. 405.

[89] S. AMADEO, *Norme comunitarie*, cit.

[90] Si vedano, in particolare, Y. GALMOT, J.C. BONICHOT, "La Cour", cit., pp. 2-7, dove, parlando di effetto oppositivo/di esclusione, non si parla di effetto diretto; T. DAL FARRA, "L'invocabilité", cit., p. 640, il quale si riferisce all'effetto diretto solo con riferimento agli effetti sostitutivi prodotti da una norma UE conferente un diritto in capo al singolo. Espressamente, contro la concezione ampia di effetto diretto si esprimono M. WATHELET, "Du concept", cit.; D. SIMON, *La directive européenne*, Paris, 1997, pp. 95-96; D. ALLAND, "L'applicabilité directe du droit international considerée du point de vue de l'office du juge: des habits neufs pour une nouvelle dame?", in *Revue générale de droit international public*, 1998, p. 203 ss., in specie pp. 235-237; S. AMADEO, "L'efficacia "obiettiva" delle direttive comunitarie ed i suoi riflessi nei confronti dei privati. Riflessioni a margine delle sentenze sui casi *Linster e Unilever*", in *Il Diritto*

anni settanta, affermava che «*direct effects* and *the creation of individual rights* […] *seem to be inseparable and to stand to each other in a* Yin-Yan *relationship*»[91]. Generalmente, nella letteratura, questo nesso viene dato per scontato o sottolineato con forza[92]. Per Dumon, l'effetto diretto si sostanzia nella determinazione diretta di posizioni giuridiche soggettive da parte di una norma. L'autore scrive che «*sont des dispositions directement applicables celles qui, dans l'ordre interne, déterminent la position juridique des sujets de droit*»[93]. Secondo Lenaerts e Corthaud, l'effetto diretto va considerato come «*the technique which allows individuals to enforce a subjective right*»[94]. Von Danwitz ritiene che la «*conséquence juridique réelle de l'effet direct est la création d'un droit dans la personne du citoyen de l'Union*» che invoca il diritto UE.

Esistono talune costanti nella letteratura contraria al riconoscimento di un effetto diretto di tipo oggettivo. In primo luogo, viene sostenuto che solamente quando il diritto dell'Unione conferisce un diritto al singolo che questi può esercitare dinanzi alle autorità nazionali, la norma può trovare diretta applicazione e, in questo modo, colmare la lacuna lasciata dall'(inapplicabile) diritto nazionale. Secondo Wathelet, in particolare, solo l'*invocabilité de substitution* integrerebbe una vera e propria ipotesi di effetto diretto poiché «*c'est la règle communautaire et uniquement elle que le juge national est invité à appliquer pour garantir le droit conféré par l'ordre juridique communautaire au justiciable*»[95]. Cannizzaro, in termini analoghi, afferma che «fino a quando si rimane nell'ambito concettuale della dottrina degli effetti diretti», l'effetto di esclusione «ben difficilmente si potrà produrre». La ragione sta nella circostanza che l'effetto diretto, secondo l'autore, «si produce solo supe-

dell'Unione europea, 2001, p. 95 ss.; S. AMADEO, *Norme comunitarie*, cit., pp. 168-169; A. LA PERGOLA, "Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 2419 ss.; K. LENAERTS, T. CORTHAUT, "Of Birds", cit., p. 310; J. DICKSON, "Directives in EU Legal Systems: Whose Norms are They Anyway?", in *European Law Journal*, 2011, p. 190 ss., pp. 199-206; E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*[2], Torino, 2017, pp. 125-126; U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., pp. 264-265, il quale collega l'indagine sui presupposti dell'effetto diretto all'idoneità della norma UE ad attribuire diritti soggettivi ai singoli.

[91] J.A. WINTER, "Direct Applicability", cit., p. 438.

[92] Si vedano C. HILSON, T. DOWNES, "Making Sense", cit., p. 130.

[93] F. DUMON, "La notion", cit., p. 376.

[94] K. LENAERTS, T. CORTHAUT, "Of Birds", cit., p. 310, I quali però attenuano la loro impostazione in ID., "Towards an Internally Consistent Doctrine on Invoking Norms of EU Law", in *The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts,* cit., pp. 495-515, p. 509, dove il riferimento è all'effetto diretto «*sensu stricto*».

[95] M. WATHELET, "Du concept", cit., p. 370.

rando una data "soglia" di compiutezza normativa data dalla capacità di una direttiva di produrre posizioni soggettive complete», ossia di sostituire integralmente la norma interna difforme. Insomma, «l'effetto diretto, come ricostruito dalla Corte di giustizia, costitui[rebbe] un effetto "a soglia": un effetto, cioè, "tutto o niente"»[96].

In secondo luogo, è stato osservato che, nel caso dell'effetto oppositivo, la norma UE creerebbe «*limited effects*»[97] dissociati da «*claimable rights*»[98] e, per questa ragione, non avrebbe vere e proprie «ricadute soggettive»[99] sull'individuo. Insomma, la disposizione del diritto UE non sarebbe idonea «*à compléter directement le patrimoine juridique de particuliers de droits subjectifs et/ou d'obligations*»[100].

In terzo luogo, il principio che connoterebbe la giurisprudenza sull'effetto oppositivo sarebbe solamente quello del primato; il primato, cioè, in luogo dell'effetto diretto, determinerebbe la disapplicazione[101]. L'effetto oppositivo ne sarebbe semplicemente un «*corollary*»[102]. Come sottolineato dall'Avvocato generale Léger in *Linster*, nel contenzioso di tipo oppositivo, dove una parte non invoca motivi finalizzati a ottenere il riconoscimento di un proprio diritto, la questione dell'effetto diretto «tende a svanire di fronte a quella del primato» perché il problema dell'integrazione della norma UE nel diritto nazionale resterebbe «a livello di un confronto internormativo», non toccando quello dell'applicazione di dette norme ai soggetti di diritto[103]. La conseguenza è un vero e proprio «*découplage*» tra effetto diretto e primato[104]; dissociazione certamente possibile, ad avviso di parte della dottrina, dal momento che l'effetto diretto sarebbe una condizione sufficiente «*pour entraîner le*

[96] E. CANNIZZARO, *Il diritto*, cit., p. 126, con riferimento alle direttive, inserisce l'effetto di esclusione tra gli effetti indiretti del diritto UE. *Contra*, sotto questo aspetto, M. BLANQUET, G. ISAAC, *Droit général de l'Union européenne*[10], Paris, 2012, p. 382, i quali, pur associando l'effetto diretto alla sola creazione di un diritto, in termini sostitutivi, osservano che l'effetto diretto «*ne se pose pas en termes de tout ou rien*».

[97] J. A. WINTER, "Direct Applicability", cit., p. 437.

[98] *Ibidem*.

[99] S. AMADEO, *Norme comunitarie*, cit. p. 174.

[100] M. BLANQUET, G. ISAAC, *Droit général,* cit., p. 375.

[101] S. AMADEO, *Norme comunitarie*, cit., pp. 175-179; G. DI FEDERICO, "Il recepimento delle direttive nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", in *Il recepimento delle direttive dell'Unione europea nella prospettiva delle regioni italiane. Modelli e soluzioni* (a cura di Di Federico, Odone), Napoli, 2010, pp. 1-68, p. 55; R. MASTROIANNI, G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*[8], Torino, 2019, pp. 314-315.

[102] J. DICKSON, "Directives", cit., p. 201.

[103] Conclusioni, causa *Linster*, cit., punto 73.

[104] D. SIMON, *La directive*, cit., p. 96.

double effet d'exclusion et de substitution, mais que rien ne permet d'affirmer qu'il s'agit d'une condition nécessaire»[105].

In quarto luogo, è sottolineato che ricondurre l'effetto oppositivo, e la disapplicazione che ne deriva, al primato anziché all'effetto diretto, consentirebbe di risolvere i problemi collegati a casi, tra cui *in primis* *Cia Security International* e *Unilever*, nei quali la Corte di giustizia, collocandosi nel filone giurisprudenziale iniziato con la sentenza *Wells*[106], riconosce il diritto dei singoli a invocare norme di direttive UE onde richiedere la "paralisi" di regole tecniche nazionali le quali, in violazione di dette direttive, non erano state notificate dalle autorità dello Stato alle istituzioni europee[107]. Dato che gli effetti prodotti dalla disapplicazione incidono, *de facto*, in termini incidentali e indiretti, sui privati, che avevano beneficiato della "colpevole" omissione dello Stato membro interessato, questa giurisprudenza metterebbe in discussione il divieto di effetto diretto orizzontale delle direttive. La violazione di tale divieto, ossia di quello che la Corte, ad oggi, considera (perlomeno, formalmente) un assioma del diritto UE, sarebbe integrata, appunto, secondo questi autori, dal riconoscimento dell'effetto oppositivo quale effetto diretto. Esclusa l'identificazione effetto oppositivo-effetto diretto – è sostenuto – , il problema, a monte, non potrebbe neanche porsi. Secondo l'Avvocato generale Bot nelle sue conclusioni nella causa *Kücükdeveci*, in particolare, l'effetto oppositivo, *rectius* «la scissione tra l'effetto diretto orizzontale delle direttive e la loro invocabilità al fine di escludere l'applicazione del diritto nazionale incompatibile»[108], costituirebbe un «palliativo»[109] all'assenza di effetto diretto in quelle ipotesi nelle quali l'applicazione di una direttiva UE causerebbe effetti negativi per i singoli nei rapporti orizzontali[110].

In quinto luogo, l'efficacia oppositiva andrebbe ricompresa nella nozione di efficacia indiretta perché gli effetti prodotti dalla norma UE inciderebbero sull'assetto normativo dell'ordinamento interno condizionando le relazioni giuridiche individuali solamente attraverso quest'ultimo. Si tratterebbe di una nozione d'invocabilità non così diversa

[105] *Ibidem*, p. 95.

[106] Corte di giustizia, sentenza del 7 gennaio 2004, *The Queen, su richiesta di Delena Wells c. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, causa C-201/02, ECLI :EU :C :2004 :12.

[107] In questo senso G. DI FEDERICO, "Il recepimento", cit., p. 55.

[108] Avvocato generale Bot, conclusioni del 7 luglio 2009, *Kücükdeveci*, causa C-555/07, ECLI:EU:C:2009:429, punto 63.

[109] *Ibidem*.

[110] *Ibidem*, punti 63-64; in questa direzione si veda altresì O. PORCHIA, "La dinamica", cit., p. 71 ss., p. 86.

dall'invocabilità che permette al singolo di richiedere il risarcimento del danno o l'interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto UE[111]. In questo senso, vi sarebbe un'efficacia indiretta «forte», nel caso dell'effetto oppositivo, e un'efficacia indiretta «debole» quanto a risarcimento del danno e interpretazione conforme[112].

Infine, è stato scritto che «la giurisprudenza della Corte ha coerentemente negato l'esistenza di un effetto di esclusione», con l'eccezione delle sentenze «che hanno riconosciuto che il mancato rispetto dell'obbligo di notificare preventivamente alla Commissione norme nazionali di carattere tecnico, posto allo Stato da direttive di armonizzazione, e di astenersi dal darvi effetto senza previa autorizzazione, comporti l'inapplicabilità interna di tali norme»[113]. In verità, sulla base di quanto è già stato scritto, la Corte, da *Becker* in poi, anche in sentenze non aventi per oggetto norme di natura tecnica, rende palese che un tale effetto di esclusione esiste.

La mia opinione è diversa dall'impostazione sopra descritta. In termini ricostruttivi, la giurisprudenza UE può essere vista quale sistema a cerchi concentrici e contigui. Un sistema dove a ogni cerchio corrisponde una particolare dimensione dell'efficacia del diritto UE negli ordinamenti nazionali. Il primo cerchio, il più esteso, indica l'efficacia, nella sua duplice dimensione diretta e indiretta, equivalente all'"invocabilità" di una norma UE. Al suo interno esistono due cerchi più piccoli, tra loro contigui: uno ricomprende le ipotesi nelle quali la norma UE è considerata indirettamente efficace perché può essere invocata e fatta valere dal singolo al fine di richiedere, al giudice nazionale, il risarcimento del danno per violazione del diritto UE da parte dello Stato oppure un'interpretazione conforme del diritto interno al precetto europeo. In tale ottica, potrebbe dirsi che il cerchio dell'efficacia indiretta consta di due (sotto)cerchi ulteriori, ancora più ristretti, anch'essi contigui (rimedio risarcitorio e interpretazione conforme).

Il secondo cerchio, contiguo con quello dell'efficacia indiretta, include due diverse situazioni, entrambe riconducibili all'efficacia diretta, a loro volta sussumibili in due cerchi contigui: nella prima la norma UE produce effetti diretti perché crea diritti in capo ai singoli che questi possono esercitare dinanzi al giudice e consentono a quest'ultimo di applica-

[111] Si veda M. WATHELET, "Du concept", cit. , pp. 370-371.

[112] Così S. AMADEO, *Norme comunitarie*, cit., pp. 173 e 211.

[113] E. CANNIZZARO, *Il diritto*, cit. p. 126; nello stesso senso S. AMADEO, "Diritto", cit., col. 117. Cfr. altresì l'Avvocato generale Mazák, conclusioni del 15 febbraio 2007, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, causa C-411/05, ECLI:EU:C:2007:106, punti 127-128.

re il diritto UE in sostituzione di quello nazionale (effetto diretto soggettivo con effetti sostitutivi), a prescindere che si tratti di diritto soggettivo in senso stretto o di una forma meno compiuta di diritto/interesse/posizione giuridica soggettiva conferito/a direttamente dalla norma UE; nella seconda la norma UE produce effetti diretti perché, pur non attribuendo direttamente posizioni giuridiche soggettive, se invocata, assicura, in principio, la salvaguardia di un interesse individuale, operando quale parametro di legalità/legittimità del diritto nazionale e/o dell'attività amministrativa svolta dalle autorità di uno Stato, con effetti preclusivi nei confronti delle norme interne preesistenti contrastanti e/o dell'azione amministrativa statale (effetto diretto oggettivo con effetti oppositivi). In un caso come nell'altro la norma del diritto dell'Unione è giustiziabile; si presta cioè all'applicazione, immediata, da parte del giudice (o dell'autorità amministrativa).

Su quali argomenti si poggia l'idea, sviluppata nella presente ricerca, secondo la quale l'effetto diretto sarebbe da intendersi in senso ampio così da ricomprendere l'effetto oppositivo? Quattro sono i principali, a mio avviso.

Il primo è che l'invocabilità con intenti oppositivi non è una forma di per sé nuova, insolita di efficacia interna. Al contrario, il controllo sulla legalità del diritto nazionale, la c.d. *invocabilité d'exclusion*, è un elemento essenziale dell'ordinamento giuridico francese, di quello belga e di quello olandese[114].

Il secondo argomento a favore dell'effetto diretto oggettivo-oppositivo fa leva sulla seguente considerazione: è difficile capire perché la norma UE, se inidonea a conferire un diritto in capo al singolo, non potrebbe produrre comunque rilevanti effetti giuridici, dal punto di vista delle ricadute soggettive sugli individui[115]. Un conto è ritenere che la norma non crea un diritto, come accade quando l'effetto diretto è oggettivo, un altro negare che essa possa incidere sul soggetto che la invoca, sulla sua situazione giuridica individuale. Gli effetti giuridici e le ricadute soggettive derivanti da una norma non sono riconducibili solamente alla creazione di un diritto. Una norma direttamente efficace non genera un solo tipo di effetti. Si pensi all'ipotesi in cui il singolo invochi una norma UE per "difendersi" da un procedimento penale instaurato, a livello nazionale, contro di lui, oppure all'ipotesi in cui l'individuo si fondi sul diritto UE al fine di utilizzarlo quale parametro di legittimità dell'azione statale nell'ambito di procedimenti amministrativi. Per dirla

[114] Si veda, ad esempio, S. PRECHAL, "Does Direct Effect", cit., p. 1052.

[115] Si vedano, in argomento, gli spunti in P. ELEFTHERIADIS, "The Direct Effect of Community Law: Conceptual Issues", cit., p. 205 ss., pp. 207-210.

con Hohfeld, a fianco al concetto di «*right in the proper sense*» esistono altri concetti quali «*privilege*», «*power*» e «*immunity*»[116] rientranti in una nozione più ampia, quella di diritto/interesse. È, pertanto, indispensabile andare oltre il diritto in senso stretto, ragionare dell'interesse come corrispettivo di un obbligo e individuare il titolare di detto interesse.

Rendono l'idea due osservazioni di Prechal la quale, prima, chiarisce che «*direct effect is a broader concept, in the sense that a directly effective provision of Community law may be relied upon for several purposes*», poi, conclude in questi termini: «*to equate the concept of direct effect with the creation of rights does not do justice to the diversity of the effects which directly effective provisions may produce*»[117]. Come osservano sia Bleckmann[118] che Isaac, lo strumento del controllo di legalità è una forma dell'effetto diretto, non un istituto distinto: in particolare, scrive Isaac che l'effetto diretto è «*la capacité à être une source de la légalité en vigeur dans l'ordre juridique national*»[119]. Hanno ragione Ruffert, quando ritiene che «*the direct effect of a directive provision is not dependent on the existence of an individual right that should be enshrined in the protective content or intent of the provision*»[120] e Bobek, secondo il quale «*granting of individual rights is in itself not one of the general conditions for direct effect*»[121]. Nello stesso senso, Schütze correttamente rileva che «*direct effect does* not *depend on a European norm granting a subjective right, but on the contrary, the subjective right is a result of a directly effective norm*»[122]: il conferimento di un diritto è uno degli effetti determinati da una norma UE direttamente efficace, ne è una conseguenza, non il presupposto. Una conseguenza inevitabile quando l'effetto è soggettivo-sostitutivo; solo eventuale, però, poiché non si realizza quando l'effetto è oggettivo-oppositivo. Quando l'effetto è oggettivo-oppositivo, infatti, l'invocabilità della norma serve a tutelare l'interesse di un individuo, un interesse che può prendere forma solamente grazie alla sua applicazione e, dunque, alla paralisi della norma nazionale confliggente. Esiste, dunque, un interesse e l'interesse deve essere «*sufficient*» perché la norma UE, scollegata dall'«*attribution of a*

[116] W.N. HOHFELD, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", in *Yale Law Journal*, 1916-1917, p. 710 ss., p. 710.
[117] S. PRECHAL, *Directives*, cit., p. 99.
[118] A. BLECKMANN, "L'applicabilité directe", cit., pp. 89-90.
[119] G. ISAAC, "L'effet direct du droit communautaire", in *Rép Dalloz, octobre 1997*, 1991, p. 1 ss., p. 4.
[120] M. RUFFERT, "Rights", cit., p. 321.
[121] M. BOBEK, "The Effects of EU Law", cit., p. 150.
[122] R. SCHÜTZE, *European Union Law*, cit., p. 86.

benefit to individuals»[123] e quindi incapace di costituire una fonte diretta per la creazione di un diritto, possa fungere da «*standard for reviewing the legality of Member State action*»[124].

Il terzo argomento è che la disapplicazione è il risultato dell'effetto diretto di una norma UE, letto insieme al principio del primato. Non *esclusivamente* del primato. Sarebbe solamente il primato a determinare la disapplicazione qualora, a monte, si sostenesse una concezione ristretta dell'effetto diretto[125]. Se una norma UE che è in principio idonea a impedire l'applicazione del diritto nazionale viene invocata dal singolo o applicata *ex officio* dall'autorità (anche) giudiziaria, allora, l'effetto preclusivo è il prodotto dell'applicazione combinata di effetto diretto e primato, non del solo primato. Peraltro, quel che il singolo invoca è la norma UE che, pur non creando direttamente diritti in capo agli individui, impone un obbligo agli Stati. L'invocazione della norma UE a tutela dell'interesse individuale derivante dalla sua corretta applicazione, seppure non collegata all'esistenza di un diritto ivi riconosciuto, è funzionale a far valere l'obbligo che la norma cristallizza, per esempio quello di assicurare che una certa valutazione d'impatto ambientale sia adeguatamente eseguita[126]. Ciò sta a significare che il conferimento di un diritto non è un elemento indispensabile *per se*, dal momento che può capitare che al cuore del diritto UE direttamente efficace vi sia un obbligo anziché un diritto. Del resto, lo stesso Avvocato generale Tesauro, nella causa *Brasserie*, scrive che «gli obblighi degli Stati e delle istituzioni comunitarie sono finalizzati *soprattutto*, in un sistema quale voleva e vuole essere quello comunitario, alla creazione di diritti dei singoli»[127]. "Soprattutto", non sempre. L'effetto diretto implica che la norma UE preveda necessariamente un obbligo, non un diritto: come correttamente precisato da Bengoetxea, «*the analysis of the legal relation involved in direct effect should always start with the obligation, i.e. an obligation on*

[123] B. DE WITTE, "Direct Effect", cit., p. 330.

[124] *Ibidem*.

[125] Sul punto si veda M. DOUGAN, "When Worlds Collide", cit., p. 932, secondo il quale associare la disapplicazione al solo primato «seems to short-circuit» l'intera ricostruzione teorica relativa all'effetto diretto; così anche ID., "Case C-443/98, Unilever Italia v. Central Food", in *Common Market Law Review*, 2001, p. 1503 ss., in specie p. 1513.

[126] Sulla centralità del concetto di obbligo nella dottrina dell'effetto diretto si vedano, in particolare, D. EDWARD, "Direct Effect, the Separation of Powers", cit., pp. 442-443 e W. VAN GERVEN, "Of Rights", cit., pp. 506-507.

[127] Avvocato generale Tesauro, conclusioni del 28 novembre 1995, causa *Brasserie*, C-46/93, ECLI:EU:C:1995:407 (corsivo sottolineato), punto 39.

someone, to do or secure something to somebody in some given circumstances and by some time»[128].

Quanto all'osservazione, svolta in dottrina[129] e dall'Avvocato generale Bot nelle conclusioni a *Kücükdeveci*[130], secondo cui ricondurre l'effetto oppositivo all'effetto diretto si scontrerebbe con il principio-assioma del diritto UE, riconosciuto da *Faccini Dori*[131] in poi, in base al quale le direttive, non prescrivendo obblighi in capo ai singoli, non potrebbero essere fatte valere contro questi ultimi da altri soggetti privati, ci si limita a precisare che l'effetto non è propriamente orizzontale dal momento che il fondamento dell'invocabilità da parte del singolo sta nella violazione di un obbligo commessa dallo Stato, non essendo, insomma, il comportamento del privato *per se* a giustificare questo tipo d'invocabilità[132].

Il quarto e ultimo argomento mira a testare il convincimento secondo cui una norma UE, produttiva di effetti oppositivi, non potrebbe essere applicata direttamente dalle autorità nazionali, in particolare dal giudice.

Ora, sostenere che l'assenza di un'indagine sulla precisione e l'incondizionatezza, in parte della giurisprudenza UE sull'effetto oppositivo, andrebbe letta nel senso di escludere l'effetto diretto, come fa l'Avvocato generale Léger in *Linster*[133], mi pare confonda i piani: come già si è visto, da un lato, l'applicazione del *test* sui presupposti dell'effetto diretto da parte dei giudici UE non è sempre presente né, quando viene effettuata, è sempre rigorosa e ciò vale anche quando l'effetto non è oppositivo; dall'altro, è naturale, per quanto si è scritto circa l'assenza di un effetto sostitutivo, che il grado di compiutezza richiesto alla norma UE sia meno significativo nel caso dell'efficacia diretta oppositiva. Più in generale, ritenere che l'applicazione diretta del diritto UE si realizzerebbe solamente quando l'effetto è sostitutivo perché la norma del diritto dell'Unione solo in questa ipotesi sarebbe pienamente autosufficiente si scontra con due rilievi. Il primo è che l'effetto

[128] J. BENGOETXEA, "Is Direct Effect", cit., p. 7.

[129] Si veda, tra gli altri, M. DOUGAN, "When Worlds Collide", cit., pp. 936 e 957-963.

[130] Conclusioni, *Kücükdeveci*, cit., punti 63-64.

[131] Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1994, *Paola Faccini Dori c. Recreb Srl*, causa C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292.

[132] Così anche C.W.A. TIMMERMANS, "Un nouveau chapitre", cit., p. 297. Sui rischi derivanti dal recepimento del divieto di orizzontalità delle direttive si vedano le osservazioni in D. GALLO, *L'efficacia*, cit., pp. 275-350 e ID., "La *vexata quaestio* dell'efficacia interna delle direttive: l'insostenibile leggerezza del divieto di effetti diretti orizzontali", in *Attuare il diritto dell'Unione europea in Italia* (a cura di Moavero Milanesi, Piccirilli), Bari, 2018, pp. 17-36.

[133] Conclusioni, causa *Linster*, cit., punti 50-69.

oppositivo non è una manifestazione *minor* di effetto diretto, monca di un suo elemento costitutivo, quello della sostituzione del diritto interno con il diritto UE. Al contrario, l'effetto non è sostitutivo perché il diritto nazionale può trovare attuazione e disciplinare la fattispecie in via autonoma. È sufficiente citare, a titolo esemplificativo, la causa *Bernáldez* dove la disapplicazione della deroga prevista nella normativa spagnola, riconosciuta come incompatibile con il diritto UE, ha comunque permesso al giudice di applicare la regola generale dell'ordinamento nazionale in quanto conforme con la direttiva 72/166. Lo stesso discorso vale per la deroga al principio della parità di trattamento tra uomini e donne, con riferimento a provvedimenti adottati allo scopo di salvaguardare la sicurezza dello Stato o di tutelare l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza, che si trova al cuore della causa *Johnston*, in relazione all'applicazione della direttiva 76/207.

Il secondo rilievo è che molto raramente una norma direttamente efficace, suscettibile di creare un diritto in capo al singolo e capace di sostituirsi al diritto nazionale, prende «integralmente»[134] il posto della disciplina interna che è in contrasto con l'ordinamento UE. L'autonomia della norma UE è raramente perfettamente compiuta. Precisazioni ulteriori, a livello di diritto interno, sono necessarie, così com'è tutto da dimostrare che la disposizione di diritto UE sia capace di generare effetti identici nell'insieme degli ordinamenti degli Stati membri[135]. L'intensità della precettività varia ed è naturale che sia così. Concettualmente, quindi, è impossibile individuare un netto confine tra effetto diretto soggettivo e oggettivo.

5. Il core *dell'effetto diretto, quale nozione mutevole e camaleontica, e i suoi presupposti (davvero) necessari e sufficienti*

In linea con le riflessioni di Pescatore, l'effetto diretto s'identifica con il concetto di giustiziabilità della norma[136], con la sua applicazione diretta. È condivisibile l'opinione di Edward, secondo il quale la dottrina dell'effetto diretto, «*using that expression in a broad way*», fornisce i

[134] Così invece E. CANNIZZARO, *Il diritto*, cit., p. 126.

[135] Sul punto si veda la riflessione di M. DOUGAN, "When Worlds Collide*"*, cit., pp. 937-942.

[136] Secondo P. PESCATORE, "International Law and Community Law – A Comparative Analysis", in *Common Market Law Review*, 1970, p. 167 ss., pp. 174 e 177, l'effetto diretto è sempre e comunque un «*matter of justiciability*», essendo fondamentale capire se la norma UE sia «*capable of judicial application*». Per uno sviluppo della teoria di Pescatore, in questo ambito, si veda R. SCHÜTZE, *European Union Law*, cit., p. 78.

criteri «*for selecting or rejecting the norms to be applied and for clarifying the scope of judicial competence*»[137]. Al cuore dell'effetto diretto si colloca, quindi, il concetto dell'immediatezza[138], della capacità, cioè, della norma UE di governare la fattispecie attraverso la produzione di un effetto preclusivo nei confronti del diritto nazionale senza che sia necessaria l'adozione di atti di recepimento ulteriori. Giustiziabilità, immediatezza e applicabilità sono, pertanto, il frutto dell'interazione tra il diritto UE che paralizza il diritto nazionale e il diritto nazionale, nella parte in cui le sue norme non sono state disapplicate.

Insomma, tenuto conto della duplice dimensione, soggettiva e oggettiva, dell'effetto diretto, va condiviso il nocciolo del ragionamento di Prechal, laddove l'autrice afferma che «*direct effect is the obligation of a court or another authority o apply the relevant provision of Community law, either as a norm which governs the case or as a standard for legal review*»[139]. È, quindi, possibile definire l'istituto dell'effetto diretto facendo perno sul concetto di obbligo, anziché su quello di diritto, associato alla nozione di applicabilità, da parte dell'autorità nazionale, della norma UE. Una norma che sia idonea a governare la fattispecie, in senso più o meno compiuto a seconda della sua completezza (effetto soggettivo-sostitutivo), oppure quale parametro di legittimità (effetto oggettivo-oppositivo)[140]. La nozione di effetto diretto ha un carattere eminentemente pratico, quindi. Con le parole di Hartley, «*the test is of an essentially practical nature*», considerato che si riassume in un *test* «*of feasibility: if the provision lends itself to judicial application, it will almost certainly be declared directly effective; only where direct effect would create serious practical problems is it likely that the provision will be held not to be*

[137] D. EDWARD, "Direct Effect: Myth", cit., p. 13.

[138] Come nota M. WAELBROECK, "L'immédiateté communautaire" , cit., pp. 85-90. Sul punto si veda altresì S. M. CARBONE, *Organi comunitari, controllo di legittimità e soggetti privati*, Padova, 1973, pp. 5-12.

[139] S. PRECHAL, "Direct Effect, Indirect Effect*",* cit., pp. 37-38.

[140] G. ISAAC, "Effet direct", cit., p. 4: «*une règle est d'effet direct pour autant que ses caractéritsiques sont 160impl qu'elles la rendent susceptible d'une application judiciaire*»; J. H. JANS, M. VERHOEVEN, "Europeanisation"*,* cit., p. 92: una norma UE è direttamente efficace se «*è justiciable in the sense that it, given the specific context of the case, can be applied by the national courts, acting within their judicial powers, as a rule of law*»; B. DE WITTE, "Direct Effect", cit., p. 330: «*the only thing required is that a national court, with the possible preliminary help of the ECJ, is able to apply the provision so as to determine the outcome of the case in hand*»; R. SCHÜTZE, *European Union Law*, cit., p. 86: «*direct effect 160imply means that a norm can be 'invoked' in and applied by a court*».

directly effective»[141]. In un tale contesto, qualora la norma UE attribuisca diritti al singolo, la fattispecie viene disciplinata dall'ordinamento dell'Unione anziché dal diritto nazionale; qualora essa serva, una volta fatta valere in giudizio, a tutelare l'interesse del singolo, senza che ciò implichi il conferimento di un diritto individuale, la norma UE, pur non sostituendosi alla disciplina nazionale, impedendo l'applicazione del diritto interno al caso di specie, è comunque giustiziabile nella misura in cui il rapporto giuridico, espunto delle disposizioni incompatibili con il diritto dell'Unione, continua a essere governato dall'insieme delle norme dell'ordinamento nazionale che siano compatibili con l'ordinamento europeo.

In definitiva, nell'ambito sia dell'effetto sostitutivo che dell'effetto oppositivo la controversia al vaglio dell'autorità nazionale è decisa sulla base di una norma differente da quella che, in principio, avrebbe trovato applicazione qualora, *ab abstracto*, il diritto UE non fosse intervenuto[142]: nell'effetto soggettivo-sostitutivo la norma UE al posto della norma interna; nell'effetto oggettivo-oppositivo una norma nazionale diversa da quella originariamente preposta a governare la singola fattispecie.

Ebbene, quanto scritto fin qui, in merito alla dimensione oggettiva dell'efficacia diretta, oltre che al *test* sull'effetto diretto, evidenzia la natura evolutiva, cangiante e camaleontica dell'effetto diretto[143]. L'effetto diretto non è «*carved in stone*»[144]; esso è stato, infatti, oggetto, nella giurisprudenza UE, di una progressiva «*diversification et gradation*»[145] dei suoi effetti. Si tratta di un concetto naturalmente polisemico, come lo sono quelle categorie giuridiche, di origine giurisprudenziale, attraverso le

[141] T. HARTLEY, *The Foundations of European Union Law*[7], Oxford, 2010, pp. 210-211, p. 214.

[142] COMMON MARKET LAW REVIEW, "Editorial comments". Cit., p. 4. Sottolinea A. DASHWOOD, "From *Van Duyn* to *Mangold* via *Marshall*: Reducing Direct Effect to Absurdity?", in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007, p. 81 ss., p. 103: «*it would still be the case that the dispute was being decided on the basis of a rule different from the one prescribed by the national legislator*».

[143] T. EIJSBOUTS, "Direct Effect" cit., p. 240, osserva, in primo luogo, che «*direct effect is ever unfinished*» e, in secondo luogo, che non è una dottrina «*seeking perfection but one seeking to inspire and channel evolution*». S. ROBIN-OLIVIER, "The Evolution", cit., p. 166, sottolinea che la dottrina *Van Gend & Loos* «*seems to grasp only a thin fragment of EU law enforcement issues*»; da qui la conclusione che essa «*no longer gives an accurate idea of the ways through which EU law penetrates Member States through its enforcement in national courts*». Evidenziano la natura evolutiva della dottrina dell'effetto diretto J. BENGOETXEA, "Is Direct Effect", cit., p. 3 e D. CHALMERS, L. BARROSO, *op. cit.*, p. 106.

[144] M. BOBEK, "Van Gend en Loos +50", cit., p. 181.

[145] R. KOVAR, "La contribution", cit. p. 68.

quali fenomeni sociali in continua trasformazione vengono inquadrati giuridicamente[146].

Riassumendo, ritengo che l'effetto diretto ci sia in presenza di due presupposti cumulativi, la cui configurabilità dovrebbe essere oggetto di verifica da parte del giudice, nazionale ed europeo. Il primo: la norma UE deve essere incondizionata, cioè immediatamente, direttamente applicabile nel caso di specie.

Il secondo: l'applicazione della norma UE, in termini sostitutivi oppure come parametro di legittimità, deve creare un vantaggio, un interesse in capo al singolo[147]. Questo implica che la dottrina dell'effetto diretto, concepita come veicolo a disposizione del singolo per azionare, concretamente, le sue prerogative, non può determinare *solamente* uno svantaggio nell'individuo, non può, dunque, determinare effetti *esclusivamente in malam partem*. L'obiezione per cui, esistendo l'effetto diretto di tipo orizzontale, l'effetto diretto potrebbe anche configurarsi quando l'individuo è leso nei suoi interessi non è pertinente perché al cuore dell'effetto orizzontale c'è il contemperamento tra due interessi individuali: uno è compresso, ma l'altro è assicurato dall'intervento del diritto UE. Insomma, dal mio punto di vista, la *condicio sine qua* è che ci sia un vantaggio/un interesse per il singolo, poco importa se, oltre al vantaggio/interesse per qualcuno, c'è la compressione di prerogative individuali per qualcun altro.

6. Ipertrofia del primato, cannibalizzazione *dell'effetto diretto e ordine di disapplicazione:* Simmenthal revisited *e i rischi connessi*

I rapporti tra primato ed effetto diretto si caratterizzano per la loro complementarietà: esiste una sinergia tra i due principi nella misura in cui uno degli assiomi della giurisprudenza UE è che la disapplicazione

[146] Si domanda M. BOBEK, "Van Gend en Loos +50", cit., pp. 181-182: «*can the ongoing foundation and legitimicay for direct effect remain the same today as it was some fifty years ago?*». Egli sottolinea altresì che «*a robust vision of direct effect adopted there* [Van Gend & Loos] *was a particular value choice made by a particular group of people at a particular point of time within a given social context*».

[147] P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Paris, 1971, p. 163, afferma che c'è effetto diretto «*chaque fois que des justiciables ont intéret à invoquer les règles du droit communautaire devant une juridiction nationale*». B. DE WITTE, "Direct Effect", cit., p. 330, parla di «*attribution of a benefit or sufficient interest*» nell'ambito di un controllo di legalità del diritto interno alla luce del diritto UE. Il concetto d'interesse è da preferire a quello di diritto anche secondo C. HILSON, T. DOWNES, "Making Sense", cit., pp. 132-133; S. PRECHAL, *Directives*, pp. 97-110; J. BENGOETXEA, "Is Direct Effect", cit., p. 8.

del diritto nazionale può realizzarsi a condizione che la norma europea violata sia dotata di diretta efficacia[148]. Ma complementarietà significa che i due principi sono tra loro autonomi? La risposta, evidentemente, è positiva: se è vero che una norma direttamente efficace, per essere effettiva, presuppone il primato, non vale l'inverso: è ben possibile che norme UE, pur dovendo prevalere sull'ordinamento nazionale, in ragione della loro (eccessiva) astrattezza, genericità e/o condizionatezza, non siano direttamente efficaci.

Ciò detto, la percezione di chi scrive è che si assista, allo stato attuale, in alcune pronunce dei giudici UE, a una sorta di "cannibalizzazione" del primato a danno dell'effetto diretto. Un effetto diretto che, in alcune sentenze, ha contorni vaghi, quasi inesistenti, e che non è centrale nel ragionamento della Corte di giustizia. Il ragionamento, infatti, in parte della giurisprudenza UE, ruota *in toto* intorno al prisma della disapplicazione.

Il problema principale, in questa sede, è comprendere se la disapplicazione sia un risultato inevitabile, ma esclusivo, dell'applicazione combinata primato-effetto diretto e dunque se questa sinergia sia davvero un assioma della giurisprudenza UE[149], modulata sulla logica *Simmenthal*, oppure se, per come si è evoluta la giurisprudenza UE, il primato possa operare anche a prescindere dall'effetto diretto.

In *Simmenthal* è affermato che le norme dei trattati e gli atti delle istituzioni, «qualora siano direttamente applicabili»[150], perché possano «esplicare la pienezza dei loro effetti», «in maniera uniforme in tutti gli Stati», quali «fonte immediata di diritti e obblighi»[151], impongono al giudice nazionale di rendere inapplicabili le confliggenti disposizioni del diritto nazionale. Le innumerevoli pronunce, emanate nei decenni successivi, confermano l'esistenza di un nesso tra disapplicazione ed effetto diretto, spesso ma non sempre con riguardo a norme UE conferenti direttamente diritti agli individui.

Oggi, la prospettiva circa i rapporti tra effetto diretto, primato e disapplicazione è sempre quella qui sopra tratteggiata? Ha ragione Wathelet il quale, in termini generali, non solamente quindi con riferimento all'effetto oppositivo, scrive che «*pour écarter une norme nationale con-*

[148] R. KOVAR, "La contribution", cit., p. 64 : «*lorqu'est en cause une règle de droit communautaire d'effet direct, le principe de la primauté lui permet de l'eporter sur toute norme de droit interne qui lui est contraire*».

[149] In dottrina, su questo assioma si vedano, tra gli altri, A. BLECKMANN, "L'applicabilité directe", cit., p. 124; G. TESAURO, *Diritto*, cit., p. 190; L. DANIELE, *Diritto*, cit., p. 294.

[150] Causa *Simmenthal*, cit., punto 17.

[151] *Ibidem*, punto 14.

traire, point n'est besoin, pour le juge national, de lui reconnaitre un effet direct»[152]? Insomma, è il principio dell'effetto diretto *davvero* presupposto per la paralisi del diritto nazionale?

Personalmente, ritengo che l'orientamento della Corte di giustizia sia piuttosto ondivago e che le incertezze e ambiguità della giurisprudenza UE, qui come altrove, siano molte. Mi pare vi siano due situazioni che rilevano in particolare, il cui elemento in comune è, appunto, la non applicazione del diritto nazionale (a favore del diritto UE) [153].

La prima è rappresentata da quelle pronunce nelle quali i giudici UE, prescindendo da qualsivoglia riferimento all'effetto diretto e/o ai suoi presupposti, incidono fortemente sull'autonomia procedurale degli Stati, erodendo in particolare il principio della *res judicata*: il caso *Lucchini*[154] e la sua progenie ne costituiscono un esempio lampante.

In *Lucchini* il principio dell'intangibilità del giudicato, come noto, viene stravolto. In un tale contesto, qual è il ruolo attribuito all'effetto diretto?

Il perno della sentenza non è tanto e soltanto il sistema di ripartizione delle competenze tra Unione e autorità nazionali, quanto piuttosto l'applicazione del principio del primato, inteso come "braccio armato" dell'effettività, posto in una posizione sovraordinata rispetto alle esigenze di certezza del diritto del singolo. Un'effettività, peraltro, da intendersi come effetto utile, ossia efficacia del diritto UE, piuttosto che quale principio atto, insieme al principio dell'equivalenza, a bilanciare esigenze, dello Stato e dell'Unione, tra loro contrapposte, come invece si ricava dalla giurisprudenza successiva. L'ambito materiale, rispetto al quale l'Unione esercita una competenza esclusiva, giustifica la centralità *senza se* e *senza ma* conferita al primato e al principio dell'effettività. Quanto all'effetto diretto, mai richiamato espressamente nella pronuncia, mi pare esso sia ritenuto implicito dalla Corte, dal momento che gli articoli 107 e 108 TFUE sono, notoriamente, norme direttamente efficaci, come direttamente efficaci sono le decisioni adottate dalla Commissione in merito alla compatibilità dell'aiuto e al suo recupero.

A mio avviso, da un'attenta lettura della sentenza *Lucchini* si desume che la disapplicazione del diritto nazionale non dipende dall'effetto diret-

[152] M. WATHELET, "Du concept", cit., p. 372.

[153] Una terza potrebbe essere rappresentata dall'effetto verticale invertito: si tratta di un'efficacia esclusa con riguardo alle direttive, rilevanti soprattutto ma non solo in materia penale, la cui inammissibilità in relazione al diritto primario e ad altri atti di diritto derivato è (tutt'oggi) dubbia. In materia si rinvia a D. GALLO, *L'efficacia diretta*, cit., pp. 361-374.

[154] Causa *Lucchini*, cit.

to del diritto UE. Anzi, nella pronuncia l'effetto diretto scompare considerato che la lesione della sfera soggettiva è massima, estendendosi al punto da incidere, per esigenze connesse al rispetto del diritto UE, sul principio della certezza del diritto, mettendo in discussione lo stesso giudicato sostanziale.

Quanto scritto vale, *mutatis mutandis*, per la giurisprudenza successiva, *in primis Fallimento Olimpiclub*[155] e *Klausner Holz*[156].

Limitandoci a quel che il giudice italiano avrebbe dovuto fare in *Lucchini* e *Fallimento Olimpiclub*, la mia impressione è che la Corte costituzionale avrebbe dovuto essere investita della vicenda, trattandosi di situazioni, non riconducibili all'effetto diretto, lesive di prerogative individuali. Ciò vale nonostante la competenza esercitata dalla Commissione negli ambiti materiali interessati dalle due cause sia esclusiva.

La seconda situazione è ben illustrata dalla saga *Taricco*[157], nella quale la Corte, pur facendo riferimento, in maniera piuttosto vaga e *tranchante*, ai presupposti dell'effetto diretto, non definisce la norma UE oggetto del suo esame, l'articolo 325 TFUE, direttamente efficace, e comunque prescinde totalmente dalla "narrativa" – non particolarmente lineare – che caratterizza generalmente la sua giurisprudenza sull'efficacia diretta del diritto UE.

Venendo al nucleo del mio ragionamento, qual è l'impostazione scelta dai giudici UE in *Taricco I* e *Taricco II* in merito alla natura giuridica dell'articolo 325 TFUE?

La Corte di giustizia, in *Taricco I*, è netta nell'affermare che la disciplina italiana in materia di prescrizione debba essere disapplicata. Che dall'articolo 325 TFUE consegua l'obbligo di disapplicazione è chiaro anche dalla lettura di *Taricco II*, nonostante la relativizzazione di questo obbligo, associata al rispetto del principio di legalità e dei diritti fondamentali, effettuata dalla Corte nel suo ragionamento. Insomma, una relativizzazione che non dipende dalla natura giuridica della norma ma solamente dall'impatto sull'individuo derivante dalla sua applicazione, per come si configura l'ordinamento giuridico italiano.

Con riferimento ai presupposti dell'effetto diretto, i giudici UE non si concentrano sui classici presupposti dell'efficacia diretta, cioè la chiarezza, la precisione e l'incondizionatezza, sebbene al riguardo – lo si ri-

[155] Corte di giustizia, sentenza del 3 settembre 2009, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle entrate c. Fallimento Olimpiclub Srl*, causa C-2/08, ECLI:EU:C:2009:506.

[156] Corte di giustizia, sentenza dell'11 novembre 2015, *Klausner Holz Niedersachsen GmbH c. Land Nordrhein-Westfalen*, causa C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742.

[157] Cause *Taricco I* e *II*, cit.

badisce – un cenno venga effettuato nella misura in cui è affermato, in *Taricco I*, che i paragrafi 1 e 2 dell'articolo 325 TFUE «pongono a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione»[158]. Questo approccio è reiterato in *Taricco II* laddove è scritto che la norma «pone a carico degli Stati membri obblighi di risultato precisi, che non sono accompagnati da alcuna condizione quanto all'applicazione delle norme enunciate da tali disposizioni»[159].

Qual è, quindi, la ragione per cui, a mio avviso, l'articolo 325 TFUE, pur determinando un effetto oppositivo/di esclusione, cioè la disapplicazione, non è suscettibile di produrre effetti diretti? Per due ragioni (cumulative). La prima risiede nell'assenza d'incondizionatezza – e dunque di chiarezza e precisione – dell'articolo 325 TFUE. Un'incondizionatezza che, seppure intesa in termini flessibili dalla Corte nella sua giurisprudenza, in particolare quando gli effetti prodotti da una norma UE non sono sostitutivi ma oppositivi, è assente. L'articolo 325 TFUE non pare, pertanto, idoneo né a sostituirsi, nel governo della fattispecie, al diritto nazionale, né a operare quale suo parametro di legittimità.

La seconda, fondamentale ragione sta nella circostanza che l'effetto diretto non può prescindere dall'interesse creato dalla norma UE (in via diretta oppure come prodotto della norma-parametro di legittimità) a favore del singolo. Nella vicenda *Taricco* il singolo subisce una lesione nella sua sfera soggettiva; egli non gode di alcuna posizione di vantaggio. Peraltro, a differenza dell'effetto verticale invertito, neanche lo Stato gode di benefici particolari; tutt'altro, a fronte di una compressione delle prerogative individuali c'è un obbligo di disapplicazione imposto alle autorità italiane. Ed è intorno a questo assioma, obbligo/svantaggio/lesione di un diritto, che ruotano le criticità principali. Non c'è il binomio vantaggio-diritto/svantaggio-obbligo che è solito definire l'effetto diretto e, quindi, neanche di efficacia diretta verticale invertita è lecito parlare.

Alla luce di quanto è stato scritto fin qui, giustificare la disapplicazione, in presenza del solo primato o, al più, di una concezione distorta e deviata dell'effetto diretto è rischioso e potenzialmente esiziale per la 'tenuta' del dialogo tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale. In particolare, l'effetto diretto assicura che i principi dell'attribuzione di competenze tra Stati e Unione e sussidiarietà non vengano messi in discussione dall'applicazione generalizzata, *senza se e senza ma*, del principio del primato, da una 'delega in bianco' suscettibile di minare, alle fondamenta, la relazione tra ordinamenti.

[158] Causa *Taricco I*, cit., punto 51 (corsivi aggiunti).
[159] Causa *Taricco II*, cit., punto 38.

7. Effetto utile dell'effetto diretto e ruolo della Corte di giustizia, tra self-restraint *e* judicial activism

L'effetto diretto è un «*meeting place*»[160], un punto d'incontro, una sintesi di tradizioni giuridiche differenti. È sintomo e strumento d'integrazione, capace di offrire all'interprete una bussola per orientarsi in un'indefinita e varia cabala di categorie giuridiche di diritto sostanziale e processuale. L'effetto diretto resta un principio, una dottrina essenziale, idonea a plasmare, in termini federalisti, insieme al primato, un ordinamento che, seppure giuridicamente maturo e unico nel suo genere, federale non è. Se lo diventerà, l'effetto diretto, quale filtro e *condicio sine qua non* per garantire l'effettiva tutela dei singoli, non sarà più necessario. Solo in quel momento il giudice nazionale dovrà fare quel che fa quando si confronta con il diritto interno: prescindere dalla natura, più o meno direttamente efficace, di una norma per applicarla.

Insomma, l'effetto diretto non è una nozione inutile 'inutile'[161], obsoleta[162], una 'malattia infantile' (e passeggera) del diritto UE[163], originariamente concepita, in quanto «*normal state of health of the law*», a dare slancio al processo d'integrazione e destinata, prima o poi, a scomparire. Non c'è ragione per ritenere che una tale categoria del pensiero, prima che del diritto, votata a regolamentare i rapporti tra ordinamenti nazionali e diritto UE, dovrebbe essere «*abolished*»[164].

Semmai, la dottrina della diretta efficacia va affinata e precisata. Un compito che dovrebbe assolvere la Corte di giustizia, quale "faro" per le autorità, soprattutto giurisdizionali, nazionali.

Ebbene, non mi sembra che, oggi, la giurisprudenza europea, spesso apodittica o comunque particolarmente stringata quanto a contenuto, portata, confini e conseguenze dell'effetto diretto, assicuri certezza del diritto[165].

[160] Così T. EIJSBOUTS,"Direct Effect" cit., p. 237.
[161] *Contra* S. PRECHAL, "Does Direct", cit., p. 1048 e p. 1069.
[162] *Ibidem*, p. 1048.
[163] P. PESCATORE, "The Doctrine", cit., p. 155.
[164] S. PRECHAL, "Does Direct", cit., p. 1048.
[165] M. BOBEK, "The Effects of EU Law", cit., p. 144, ritiene si tratti di «*a purely judicial world of remedies that may suffer from lack of clarity, internal contradictions, and hidden reversals, which result in a perceived or real lack of predictability and foreseeability of the law*». J. BENGOETXEA, "Is Direct Effect", cit., p. 8, parla di «*twists and turns taken by the theory or doctrine of direct effect*».

Un atteggiamento di *self-restraint* che non è di per sé meno problematico del giudice-legislatore, di memoria cappellettiana[166], soprattutto quando in gioco ci sono principi *primi inter pares* qual è l'effetto diretto e quando il rischio è che corti nazionali occupino proprio quegli spazi non efficacemente presidiati dalla Corte di giustizia.

Assenza di chiarezza e minimalismo argomentativo, quando in gioco ci sono principi costituzionali del diritto europeo, rischiano d'indebolire spirito e finalità del processo d'integrazione europea, in particolare in un'epoca, come quella attuale, caratterizzata da populismi, sovranismi ed euroscetticismo. Sta, infatti, nell'effetto diretto l'autonomia del diritto UE, la sua originalità, il suo affrancamento dal diritto internazionale. L'autonomia del diritto UE è, cioè, definita dalla centralità dell'individuo-soggetto di diritto, titolare di prerogative da azionare di fronte al giudice nazionale.

Un minimalismo argomentativo, peraltro, problematico anche perché la Corte è, nella sostanza, *activist*. La primazia del primato-effettività sull'effetto diretto è un segnale di questo attivismo.

La reazione della Corte costituzionale italiana, volta ad attrarre a sé poteri e competenze che, a mio avviso, non le spettano, nel noto *obiter dictum* contenuto nella sentenza 269 e nelle due pronunce *Taricco*, si spiega proprio quale risposta all'ambivalente atteggiamento della Corte di giustizia, minimalista nella concettualizzazione di principi cardine del diritto UE e, nel contempo, intrusiva laddove fa leva su una visione indebitamente ampia dello strumento della disapplicazione[167].

In conclusione, perché un sistema di diritti, qual è quello comunitario, integrato e sovraordinato, possa rafforzarsi, è vitale che la Corte chiamata a salvaguardalo non agisca, semplicemente, quale '*bouche de la loi*', ma, al contrario, cristallizzi, in maniera chiara, la sua idea di diritto, soprattutto quando in gioco c'è il principio-fondamento dell'ordinamento sovranazionale europeo, ossia l'effetto diretto. In quest'ottica, mi pare che ripensare questa dottrina, fornendo solidi criteri ermeneutici, assicurando certezza del diritto ed estendendo le garanzie che vi sono connesse sia, allo stato attuale, la sfida più grande che la Corte di giustizia è chiamata a cogliere.

[166] M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984 e ID., "Is the European Court of Justice Running Wild?", in *European Law Review*, 1987, p. 3 ss.

[167] Corte costituzionale, ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017; Corte costituzionale, sentenza n. 269 del 7 novembre 2017; Corte costituzionale, sentenza n. 115 del 10 aprile 2018. La letteratura, come noto, è sterminata. Sia consentito un rinvio a D. GALLO, "Challenging EU Constitutional Law. The Italian Constitutional Court's New Stance on Direct Effect and the Preliminary Reference Procedure", in *European Law Journal*, 2019, p. 434 ss.

LITISPENDENZA E SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO: IL GIUDICE ITALIANO DI FRONTE ALL'ART. 31.2 DEL REGOLAMENTO BRUXELLES I-*BIS*

Giulia VALLAR*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La disciplina della litispendenza nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel regolamento Bruxelles I alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 3. Gli intenti abusivi favoriti dai principi affermati nella sentenza *Gasser* e la conseguente necessità di rafforzare l'efficacia degli accordi di scelta esclusiva del foro. – 4. L'ampiezza della deroga al criterio tradizionale della prevenzione. – 5. L'analisi che il giudice per primo adito ma non indicato nella clausola può o deve svolgere al fine di decidere se sospendere il procedimento. – 6. I rimedi offerti dall'ordinamento italiano in caso di mancata sospensione del giudizio da parte del giudice non indicato nella clausola di scelta del foro. – 7. La circolazione negli Stati membri della sentenza pronunciata al termine di un procedimento in cui non sono state rispettate le norme europee sulla litispendenza. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

Una delle maggiori novità introdotte dal regolamento (UE) n. 1215/2012 (c.d. regolamento Bruxelles I-*bis*)[1] è rappresentata da una regola speciale sulla litispendenza intracomunitaria, contenuta nell'art. 31, paragrafi 2 e 3, del regolamento, applicabile nel caso in cui il secondo dei due giudici aditi sia quello indicato dalle parti in una clausola di scelta del foro dalle stesse concordata. La previsione in esame – così introducendo un meccanismo che ricorda (anche se non interamente, come si vedrà[2]) quello di cui agli artt. 5 e 6 della Convenzione dell'Aja del 2005 sugli accordi di scelta del foro[3] – prevede infatti che "Fatto salvo quanto

* Ricercatore (RTD-a) in Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano.

[1] Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

[2] *Infra* par. 5.

[3] Convenzione dell'Aja del 30 luglio 2005 sugli accordi di scelta del foro. Nel preambolo della Convenzione si legge che gli Stati contraenti hanno deciso di stipulare la Convenzione stessa persuasi che una cooperazione giudiziaria rafforzata richiedesse, in

previsto dall'articolo 26[4], qualora sia adita l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro al quale un accordo di cui all'articolo 25 conferisce competenza esclusiva, qualunque autorità giurisdizionale di un altro Stato membro sospende il procedimento fino a quando l'autorità giurisdizionale adita sulla base dell'accordo dichiara di non essere competente ai sensi dell'accordo. Se l'autorità giurisdizionale designata nell'accordo ha accertato la propria competenza in base all'accordo, qualunque autorità giurisdizionale di un altro Stato membro dichiara la propria incompetenza a favore della prima".

Come noto, tanto la Convenzione di Bruxelles del 1968[5], che il regolamento (CE) n. 44/2001 (c.d. regolamento Bruxelles I)[6] utilizzavano, per risolvere situazioni di litispendenza (tra Stati Membri dell'Unione europea), in ogni caso la regola della prevenzione, in base alla quale, il giudice per primo adito aveva la priorità nel decidere sulla sussistenza della propria giurisdizione e quello successivamente adito era tenuto a sospendere il procedimento fino a che il giudice per primo adito non si fosse pronunciato sulla propria giurisdizione. L'art. 27, par. 1, del regolamento Bruxelles I – analogamente all'art. 21, par. 1, della Convenzione di Bruxelles – disponeva infatti che: "Qualora davanti a giudici di Stati membri differenti e tra le stesse parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, il giudice successivamente adito sospende d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza del giudice adito in precedenza" [7].

particolare, un quadro normativo internazionale che garantisse la certezza e l'efficacia degli accordi di scelta del foro esclusivi conclusi tra le parti di operazioni commerciali. La Convenzione è entrata in vigore nell'Unione europea il 1° ottobre 2015 e troverà applicazione nel caso in cui una delle due parti sia domiciliata in uno Stato non membro dell'Unione europea, ma contraente della Convenzione.

[4] Ossia dalla norma relativa alla proroga di giurisdizione in forma tacita.

[5] Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

[6] Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

[7] Invero, l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles, nel suo testo originario, prevedeva che qualsiasi giudice diverso da quello preventivamente adito dovesse declinare d'ufficio la propria giurisdizione a favore del giudice per primo adito. L'unica eccezione, in cui si disponeva invece la mera sospensione del procedimento, si aveva per il caso in cui la giurisdizione del giudice preventivamente adito fosse stata contestata nell'ambito di quel procedimento. La previsione è poi stata modificata, al fine di evitare conflitti negativi di giurisdizione, dalla Convenzione di San Sebastian del 26 maggio 1989 nel senso che qualsiasi giudice che non fosse quello preventivamente adito avrebbe dovuto semplicemente sospendere il procedimento – e non invece declinare d'ufficio la propria giuri-

2. La disciplina della litispendenza nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel regolamento Bruxelles I alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

La previsione di cui all'art. 21 della Convenzione di Bruxelles era stata oggetto di alcune pronunce rese in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia, attraverso le quali erano stati definiti i contorni e l'ambito applicativo della previsione stessa e, per estensione, dell'analoga previsione di cui all'art. 27 del regolamento 44/2001[8].

Una prima pronuncia risale al 1991, allorché i giudici di Lussemburgo, nella sentenza *Overseas Union Insurance*[9], avevano chiarito che, "salvo il caso in cui il giudice adito per secondo abbia una competenza esclusiva contemplata dalla convenzione, e, in particolare, dall'art. 16 della stessa[10], l'art. 21 della convenzione deve essere interpretato nel senso che, quando la competenza del giudice adito per primo è contestata, il giudice adito per secondo può solo sospendere il procedimento, qualora non si riconosca incompetente, e non può accertare egli stesso la competenza del giudice adito per primo"[11]. Pertanto, secondo la Corte, solo le competenze esclusive e inderogabili di cui all'art. 16 della Convenzione sarebbero state idonee, in caso di litispendenza, a giustificare una deroga al principio della prevenzione, autorizzando in via eccezionale il giudice adito per secondo, ma dotato di una competenza esclusiva ai

sdizione – in attesa che il giudice adito per primo si pronunciasse sulla sussistenza o meno della propria giurisdizione.

[8] L'interpretazione delle disposizioni della Convenzione di Bruxelles operata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea resta infatti valida, in quanto applicabile e rilevante, anche in relazione alle disposizioni del regolamento Bruxelles I, secondo quanto previsto dal considerando n. 19 del regolamento stesso. Per un'analoga previsione relativa al regolamento Bruxelles I-*bis* e alla continuità dello stesso tanto con la Convenzione di Bruxelles del 1968 che con il regolamento Bruxelles I, si v. il considerando n. 34 del regolamento Bruxelles I-*bis*.

[9] Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 27 giugno 1991, causa C-351/89, *Overseas Union Insurance Ltd e a.* e *New Hampshire Insurance Company*. Su tale decisione si v., in generale, tra i tanti: A. BRIGGS, "The Brussels Convention", in *Yearbook of European Law*, 1991, p. 521 ss.; F. GARCIMARTÍN, "La litispendencia en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: dos conclusiones", in *La ley – Comunidades Europeas*, 1992, nº 72, p. 1 ss.; H. GAUDEMET-TALLON, in *Revue critique de droit international privé*, 1991, p. 769 ss.; T. HARTLEY, "Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. Article 21: defendant not domiciled in a contracting state", in *European Law Review*, 1992, p. 75 ss.

[10] L'art. 16 della Convenzione di Bruxelles prevede alcune competenze esclusive e inderogabili, analogamente a quanto prevedeva l'art. 22 del regolamento Bruxelles I e a quanto prevede ora l'art. 24 del regolamento Bruxelles I-*bis*.

[11] V. sentenza *Overseas Union Insurance*, cit., punto 26.

sensi dell'art. 16, a pronunciarsi per primo senza attendere la decisione del giudice previamente adito. Ciò, a ben vedere, è coerente con quanto dispone in generale – cioè a prescindere da una situazione di litispendenza – l'art. 19 della Convenzione, in base al quale "Il giudice di uno Stato contraente, investito a titolo principale di una controversia per la quale l'articolo 16 prescrive la competenza esclusiva di un organo giurisdizionale di un altro Stato contraente, dichiara d'ufficio la propria incompetenza". Infatti, posta la previsione di cui all'art. 19 appena ricordata, deve ritenersi che, *a fortiori*, in un caso in cui è stato adito non soltanto il giudice che dovrebbe dichiararsi incompetente ai sensi dell'art. 19 stesso, ma anche il giudice esclusivamente competente, cioè in un caso in cui uno dei due procedimenti iniziati potrebbe continuare indisturbato, qualsiasi altro giudice, che sia stato adito e che non sia il giudice esclusivamente competente, dovrà dichiarare d'ufficio la propria incompetenza, a prescindere dal fatto che esso sia stato adito per primo o per secondo.

Il riferimento alle competenze esclusive contenuto nella sentenza *Overseas Union Insurance* non è invece da intendersi come operato anche nei confronti delle competenze giurisdizionali derivanti da una clausola di proroga del foro conclusa ai sensi dell'art. 25 del regolamento Bruxelles I-*bis* (o, prima, dell'art. 23 del regolamento Bruxelles I) o dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968, nonostante il fatto che la clausola in parola, per espressa previsione dei regolamenti e della Convenzione, si presume attribuire giurisdizione esclusiva al giudice in essa indicato[12]. In effetti, come si ricorderà, con la sentenza *Gasser*[13], la Corte di Giustizia – suscitando ampie critiche della dottrina[14] – aveva

[12] F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, Milanofiori Assago, 2017, p. 105, correttamente osservano, in relazione al regolamento Bruxelles I, che una clausola di proroga del foro dà luogo, invero, ad una esclusività meno intensa di quella cui dà luogo l'art. 22 del regolamento, in relazione ai fori in esso indicati. Ciò è vero anche, come si vedrà *infra*, a proposito del regolamento Bruxelles I-*bis*, nonostante gli sforzi fatti nella direzione contraria in sede di modifica, in particolare attraverso l'introduzione dell'art. 31.

[13] Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 9 dicembre 2003, causa C-116/02, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*.

[14] Tra i tanti si v.: N. ANDREWS, "Abuse of process and obstructive tactics under the Brussels jurisdictional system: Unresolved problems for the European authorities Erich Gasser GmbH v MISAT Srl Case C-116/02 (9 December 2003) and Turner v Grovit Case C-159/02 (27 April 2004)", in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2005, p. 8 ss.; A. BRIGGS, Oxford Legal Studies Research Paper No 11/2006; R. Fentiman, "Access to Justice and Parallel Proceedings in Europe", in *The Cambridge Law Journal*, 2004, p. 312 ss.; T. HARTLEY, "How to abuse the law and (maybe) come out on top: bad-faith proceedings under the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention", in *King's Law Journal*, 2002, p. 139 ss.; O. LANDO, "Being first. On uses and abuses of the lis pendens under the Brussels Convention", in *Modern Issues in European Law. Essays in Honour*

stabilito, *inter alia*, che nel caso in cui la competenza giurisdizionale del giudice adito successivamente fosse stata fatta valere sulla base di una clausola di proroga del foro, tale giudice avrebbe dovuto comunque sospendere il procedimento finché il giudice preventivamente adito si fosse dichiarato incompetente. Ciò anche nel caso in cui il giudice per primo adito fosse (infelicemente) noto per i tempi eccessivamente lunghi impiegati per rendere le proprie decisioni.

La soluzione offerta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Gasser* non si era conformata a quanto era stato proposto dall'avvocato generale Léger, il quale aveva ritenuto che, in taluni casi, ovvero "solo quando la competenza del giudice successivamente adito non lascia[sse] spazio ad alcun dubbio"[15], si potesse estendere il principio sancito dalla giurisprudenza *Overseas Union Insurance* ai casi nei quali il giudice fosse competente in virtù di una clausola di proroga del foro[16], al fine di non pregiudicare "l'effetto utile dell'art. 17 della convenzione di Bruxelles e la certezza del diritto alla quale esso concorre"[17].

A favore della soluzione proposta dall'avvocato generale si era espresso anche il governo del Regno Unito, che aveva osservato che si sarebbe dovuta incoraggiare e sostenere la pratica commerciale consistente nel prevedere clausole di scelta del foro, le quali contribuiscono alla certezza del diritto nei rapporti del commercio internazionale[18]. Sempre il Regno Unito aveva osservato che il principio generale, espresso dalla Corte di giustizia nella sentenza *Overseas Union Insurance*, secondo cui, in nessun caso, il giudice adito per secondo è più qualificato del giudice adito per primo a pronunciarsi sulla competenza di quest'ultimo, avrebbe dovuto subire una deroga nel caso in cui il giudice adito per secondo fosse quello indicato in una clausola di scelta del foro.

of Lennart Pålsson (Melander ed.), Stockholm, 1997, p. 105 ss; J. MANCE, "Exclusive Jurisdiction Agreements and European Ideals", in *The Law Quarterly Review*, p. 357 ss.; I. NURMELA, "Sanctity of Dispute Resolution Clauses: Strategic Coherence of the Brussels System", in *Journal of Private International Law*, 2005, p. 129 ss.; A. NUYTS, "The Enforcement of Jurisdiction Agreements Further to Gasser and the Community Principle of Abuse of Right", in *Forum Shopping in the European Judicial Area* (ed. P. de Vareilles-Sommières), Oxford, 2007, p. 55 ss.; G.P. ROMANO, "Le principe de sécurité juridique à l'épreuve des arrêts Gasser et Owusu", in *Cahiers de droit européen*, 2008, p. 175 ss.; P. VERON, "ECJ Restores Torpedo Power", in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2004, p. 638 s.; H. MUIR WATT, "Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl", in *Revue critique de droit international privé*, 2004, p. 444 ss.

[15] Conclusioni dell'avvocato generale Philippe Léger, causa C-116/02, cit., 9 settembre 2003, punto 82 e s.

[16] *Idem*, punto 48.

[17] *Idem*, punto 70.

[18] Sent. *Gasser*, cit., punto 31.

Infatti, in tal caso, la validità della clausola in parola avrebbe dovuto essere valutata alla luce della legge dello Stato a cui appartiene il giudice indicato nella clausola stessa e pertanto tale giudice sarebbe stato facilitato, rispetto al giudice di qualsiasi altro ordinamento (ivi incluso il giudice adito per primo), nel fare applicazione della propria legge[19]. Il governo del Regno Unito aveva infine proposto, anticipando quella che sarebbe stata la soluzione introdotta dal regolamento Bruxelles I-*bis*, che – al fine di evitare che i due giudici aditi rendessero sentenze tra loro incompatibili – il giudice per primo adito dovesse sospendere il procedimento finché il giudice adito per secondo e indicato nella clausola di scelta del foro non avesse dichiarato la propria giurisdizione[20].

3. Gli intenti abusivi favoriti dai principi affermati nella sentenza Gasser e la conseguente necessità di rafforzare l'efficacia degli accordi di scelta esclusiva del foro

I principi che la Corte di giustizia, nonostante appunto le conclusioni dell'avvocato generale, aveva affermato nella sentenza *Gasser* favorivano gli intenti abusivi – che, d'altra parte, erano stati lucidamente previsti dall'avvocato generale stesso[21] – di chi, pur vincolato da una clausola di proroga del foro, agiva, a soli fini dilatori, davanti a un giudice diverso da quello indicato nella clausola, eventualmente anche (infelicemente) noto per i tempi eccessivamente lunghi impiegati per rendere le proprie decisioni. Da tale scenario nasceva la richiesta, avanzata dagli attori del commercio internazionale, cui dava voce, *inter alia*, l'Heidelberg Report, di rafforzare gli effetti degli accordi di scelta esclusiva del foro, così da garantire piena efficacia al principio dell'autonomia delle parti[22].

La Commissione europea, nella relazione sull'applicazione del regolamento Bruxelles I, aveva affermato che erano "state espresse preoccupazioni per il fatto che il regolamento non proteggerebbe a sufficienza gli accordi di scelta del foro esclusivi"[23] e che "occorre[va] … considera-

[19] *Idem*, punto 32.
[20] *Idem*, punto 33.
[21] Conclusioni dell'avvocato generale Philippe Léger, cit., punto 67.
[22] *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* (presented by B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER), Study JLS/C4/2005/03, versione definitiva settembre 2007, p. 194, para. 442.
[23] "Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione

re l'eventuale necessità di migliorare la vigente norma sulla litispendenza in generale, al fine di impedire l'uso di tattiche processuali scorrette e garantire la corretta amministrazione della giustizia nella Comunità"[24]. Inoltre, il Libro Verde che accompagnava tale relazione, dopo avere constatato la necessità di rafforzare l'efficacia degli accordi di scelta del foro, in particolare nel caso di procedimenti paralleli, indicava alcune possibili soluzioni[25].

Si giungeva infine alla proposta di rifusione del regolamento Bruxelles I, che conteneva la previsione secondo cui "… qualora un accordo di cui all'articolo 23 conferisca la competenza esclusiva al giudice o ai giudici di uno Stato membro, i giudici degli altri Stati membri non sono competenti a pronunciarsi sulla controversia finché il giudice o i giudici designati nell'accordo non hanno dichiarato la propria incompetenza"[26].

delle decisioni in materia civile e commerciale", 21 aprile 2009, COM(2009) 174 definitivo, p. 6.

[24] *Idem*, p. 8.

[25] Commissione delle Comunità europee, "Libro Verde sulla revisione del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale", 21 aprile 2009, COM(2009) 175 definitivo, p. 5 s. Per un commento delle proposte avanzate nel Libro Verde si v. F. MARONGIU BUONAIUTI, "*Lis alibi pendens* and related actions in civil and commercial matters within the European judicial area", in *Yearbook of Private International Law*, 2009, p. 552 ss.; I. QUEIROLO, "Prorogation of jurisdicition in the proposal for a recast of the Brussels I regulation", in *Recasting Brussels I* (edited by Pocar, Viarengo, Villata), Padova, 2012, p. 192 s., nota 16; I. QUEIROLO, "Choice of Courts Agreements in the New Brussels I-*bis* Regulation: a Critical Appraisal", in *Yearbook of Private International Law*, 2013/2014, p. 129 s., nota 49; L. RADICATI DI BROZOLO, "Choice of court and arbitration agreements and the review of the Brussels I Regulation", in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, p. 121 ss.; J. STEINLE, E. VASILIADES, "The Enforcement of Jurisdiction Agreements under the Brussels I Regulation: Reconsidering the Principle of Party Autonomy", in *Journal of Private International Law*, 2010, p. 565 ss.

[26] "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione)", COM(2010) 748 final, 14 dicembre 2010. Si v. l'art. 32, par. 2, e la relazione iniziale al punto 3.1.3. Per un commento critico di tale previsione si v. F. GARCIMARTÍN, "Prorogation of Jurisdiction", in *The Brussels I Regulation Recast* (Dickinson, Lein eds.), Oxford, 2015, p. 338, para. 11.45; F. MARONGIU BUONAIUTI, "Litispendenza e connessione nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001", in *www.sidiblog.it*, 29 ottobre 2012. Si v. anche F. POCAR, "Brevi riflessioni in tema di revisione del regolamento Bruxelles I e clausole di scelta del foro", in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, p. 327 ss.

4. L'ampiezza della deroga al criterio tradizionale della prevenzione

La disposizione di cui all'art. 31, par. 2, del regolamento Bruxelles I-*bis*, prescindendo dal tradizionale criterio della prevenzione temporale, attribuisce dunque al giudice prescelto in una clausola di proroga esclusiva del foro, conclusa tra le parti ai sensi dell'art. 25 del regolamento, la priorità nel decidere, nell'ambito di una controversia innanzi ad esso pendente, sulla validità, sull'efficacia e sull'ambito di applicazione della clausola di proroga stessa, con la conseguenza che qualunque altro giudice di un diverso Stato membro, anche se preventivamente adito, che si dovesse in via teorica accingere a valutare tali aspetti al fine di decidere sulla sussistenza o meno della propria giurisdizione, dovrebbe sospendere il procedimento in attesa di una decisione, quantomeno in punto di giurisdizione, del giudice indicato nella clausola stessa[27].

Il criterio tradizionale della prevenzione dovrebbe invece trovare nuovamente applicazione, oltre che nel caso in cui le parti abbiano concluso un accordo di proroga attributivo di una competenza meramente facoltativa o concorrente[28], anche – secondo quanto previsto dall'ultimo

[27] Se invece non si è di fronte ad una situazione di litispendenza, il giudice adito, sebbene non sia quello indicato nella clausola di scelta del foro, potrà valutare in autonomia la validità, l'efficacia e l'ambito di applicazione della clausola stessa: cfr. F.C. VILLATA, "L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I", Padova, 2012, p. 166 e M.A. LUPOI, "La nuova disciplina della litispendenza e della connessione tra cause nel regolamento UE n. 1215 del 2012", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2013, p. 1431. La conseguenza di tale assetto è che, ai fini di poter beneficiare della previsione di cui all'art. 31, par. 2, del regolamento, la parte che si veda convenuta davanti ad un giudice diverso da quello indicato nella clausola di proroga del foro dovrà sostenere non soltanto i costi di una difesa davanti a tale giudice, ma anche quelli necessari per instaurare e proseguire il giudizio – a parti invertite – davanti al giudice prorogato. Peraltro, alcuni A. hanno ritenuto sufficiente, al fine di attivare il meccanismo di cui all'art. 31, par. 2, proporre, davanti al giudice asseritamente prorogato, una mera domanda di accertamento della portata della clausola di scelta del foro, proprio per evitare gli inconvenienti derivanti dal dover proporre, anche nel secondo ordinamento, la domanda di merito: cfr. F. GARCIMARTÍN, "Prorogation of Jurisdiction", cit., p. 342 e G. VITELLINO, "Le novità in materia di litispendenza e connessione", in *La riforma del regolamento Bruxelles I* (a cura di Malatesta), Milano, 2016, p. 104. Più in generale, deve farsi cenno ad un altro tema ampiamente dibattuto in dottrina, relativo all'applicabilità dell'art. 31, par. 2, del regolamento Bruxelles I-*bis* solo a controversie identiche o anche a casi di connessione e di domande meramente collegate. Sul punto, cfr., *ex multis*, L. PENASA, "La nuova disciplina degli accordi sulla giurisdizione alla luce del Reg. n. 1215/2012 (Bruxelles I-*bis*)", in *Int'l Lis*, 2013, p. 119; F.C. VILLATA, "L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I", cit., p. 167; M.A. LUPOI, "La nuova disciplina della litispendenza e della connessione tra cause nel regolamento UE n. 1215 del 2012", cit., p. 1431.

[28] Cfr. M.A. LUPOI, "La nuova disciplina della litispendenza e della connessione tra cause nel regolamento UE n. 1215 del 2012", cit., p. 1430, nota 13, e i riferimenti ivi contenuti.

paragrafo del considerando n. 22 del regolamento – nel caso in cui le parti abbiano stipulato accordi confliggenti di scelta esclusiva del foro e nel caso in cui il giudice indicato nella clausola di proroga sia stato adito per primo.

Conformemente alla prima ipotesi prevista dall'ultimo paragrafo del considerando n. 22, ossia l'ipotesi in cui le parti abbiano stipulato accordi confliggenti di scelta esclusiva del foro, nell'ordinanza n. 12638/2019, la Corte di Cassazione, adita in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, ha correttamente ritenuto che, in un caso in cui le parti erano legate da una molteplicità di contratti, ciascuno contenente una clausola di scelta del foro a favore di un giudice diverso, non si dovesse fare applicazione dell'art. 31, par. 2, del regolamento Bruxelles I-*bis*, bensì del tradizionale criterio della prevenzione di cui all'art. 29 del regolamento[29].

Avuto invece riguardo alla seconda ipotesi prevista dal considerando n. 22 sopra ricordato, ossia l'ipotesi in cui il giudice indicato nella clausola di proroga è stato adito per primo, deve menzionarsi l'ordinanza della Corte di Cassazione 30425/2018[30], che giunge ad una soluzione diversa da quella suggerita dal considerando in parola. Adita sempre in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, in un caso in cui il giudice (olandese) indicato nella clausola di scelta del foro conclusa tra le parti era stato investito della controversia prima di quello (italiano) non indicato nella clausola, ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano a favore del giudice olandese "in applicazione dell'art. 31, comma 3, del […] regolamento UE 1215/2012". Come indicato dal considerando n. 22, in un caso siffatto, l'art. 31, par. 2 e par. 3, non avrebbe dovuto trovare applicazione, dal momento che il giudice olandese preventivamente adito coincideva con quello indicato nella clausola di scelta del foro, così che la Cassazione avrebbe dovuto dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice italiano – essendo questi stato adito successivamente – piuttosto ai sensi dell'art. 29, par. 3, del regolamento. Invero, a proposito di tale seconda ipotesi, due considerazioni si rendono necessarie. Da un lato, deve rilevarsi che l'art. 31 del regolamento non specifica, a differenza del considerando n. 22, che la norma in esso contenuta si riferisce esclusivamente all'ipotesi in cui il giudice prorogato è adito per se-

[29] Cass. S.U., ord. 13 maggio 2019, n. 12638, *BNP Paribas S.A. c. T.R.M. – Trattamento Rifiuti Metropolitani s.p.a.*, in *Archivio DeJure*. Sul caso in parola si v. G. VITELLINO, "Litispendenza e accordi confliggenti di scelta del foro nel caso BNP Paribas c. trattamento rifiuti metropolitani", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 999 ss.

[30] Cass. S.U., ord. 23 novembre 2018, n. 30425, *G.M., V.M., F.D. c. SGG Management Netherlands B.V.*, in *Archivio DeJure*.

condo, ponendo invece l'obbligo di sospendere genericamente in capo al giudice non indicato nella clausola; dall'altro lato, si rileva che, da un punto di vista degli effetti pratici, nulla cambia, perché sarà sempre il giudice non indicato nella clausola a dover sospendere il procedimento prima e a doversi dichiarare incompetente poi, tanto che sia stato adito per primo, quanto che sia stato adito per secondo, sebbene i relativi provvedimenti dovrebbero essere resi, in un caso, ai sensi dell'art. 31 del regolamento Bruxelles I-*bis* e, nell'altro caso, ai sensi dell'art. 29 del medesimo regolamento.

Per completezza, deve ricordarsi infine che, ai sensi dell'art. 31, par. 4, del regolamento, l'eccezione di cui all'art. 31, par. 2, non si applica alle controversie di cui alle sez. 3, 4 e 5 del regolamento, ossia le controversie riguardanti: (i) la materia assicurativa; (ii) contratti conclusi da consumatori; (iii) contratti individuali di lavoro, quando "l'azione è proposta dal contraente dell'assicurazione, dall'assicurato, da un beneficiario del contratto di assicurazione, dalla parte lesa, dal consumatore o dal lavoratore e l'accordo è invalido ai sensi delle disposizioni contenute nelle suddette sezioni". Così, di fronte a situazioni di litispendenza riguardanti cause del tipo descritto, si riapplicherà appunto la regola tradizionale della prevenzione, per cui a decidere sulla sussistenza o meno della propria giurisdizione sarà in ogni caso il giudice per primo adito, ossia il giudice scelto dal contraente debole.

5. L'analisi che il giudice per primo adito ma non indicato nella clausola può o deve svolgere al fine di decidere se sospendere il procedimento

Se e quanto la nuova previsione sarà efficace nel raggiungimento degli obiettivi che con l'introduzione della stessa si sono voluti perseguire potrà dirsi soltanto con il passare del tempo, osservando come la stessa sarà applicata dagli organi giudiziari dei diversi Stati membri. Sin da ora, però, appare evidente che uno dei temi che la previsione di cui all'art. 31, par. 2, del regolamento Bruxelles I-*bis* pone riguarda l'ampiezza dell'analisi che il giudice per primo adito può o deve svolgere al fine di decidere se sospendere o meno il procedimento. In effetti, la norma in esame non chiarisce se, prima di (o al fine di decidere se) sospendere il procedimento, il giudice che non sia quello prescelto nella clausola di giurisdizione, ma che sia comunque stato adito, debba o possa operare un qualche tipo di valutazione della fattispecie ad esso sottoposta e della clausola *de qua*.

Pur tenendo conto del fatto che si tratta appunto di una decisione

sulla sospensione e non, almeno inizialmente, sulla giurisdizione, pare indubbio che una qualche forma di analisi – quantomeno *prima facie* – della controversia e della clausola di proroga del foro da parte del giudice per primo adito sia necessaria. Infatti, in caso contrario, l'art. 31, par. 2, del regolamento Bruxelles I-*bis* nonostante – come ci ricorda anche il considerando n. 22 del medesimo regolamento – nasca quale strumento a garanzia dell'effettività degli accordi di scelta del foro, volto ad impedire tattiche processuali scorrette, potrebbe assai facilmente trasformarsi, a sua volta, in uno strumento di abuso processuale, a vantaggio di chi, convenuto davanti ad un giudice dello Stato X, faccia valere una clausola di proroga a favore di un giudice dello Stato Y, stipulata sì con la propria controparte, ma in relazione ad una controversia diversa da quella per cui è stato chiamato in causa davanti al giudice dello Stato X, e nel contempo inizi davanti al giudice dello Stato Y un procedimento contro detta controparte avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo[31]. Questo rischio era già stato percepito dall'avvocato generale Léger nelle conclusioni del caso *Gasser*, laddove, commentando la proposta avanzata alla Corte dal governo del Regno Unito, consistente – come già ricordato[32] – nell'imporre al giudice preventivamente adito e di cui è contestata la giurisdizione in virtù di una clausola di proroga del foro di sospendere il procedimento finché il giudice designato nella clausola non si sia pronunciato, aveva affermato che anche tale soluzione avrebbe potuto favorire manovre dilatorie[33].

Posto dunque che un'analisi dev'essere svolta anche dal giudice non indicato nella clausola di giurisdizione, vi è da domandarsi quanto (o quanto poco) approfondita tale analisi possa o debba essere. Per quanto riguarda il testo del regolamento, l'unica indicazione utile circa l'ampiezza dell'analisi della clausola di proroga e della fattispecie che il giudice chiamato a sospendere il procedimento è chiamato ad operare può essere reperita, *a contrario*, nel considerando n. 22, il quale indica l'opportunità che "l'autorità giurisdizionale prescelta [nella clausola di scelta del foro] abbia la priorità nel decidere sulla validità dell'accordo e sulla sua portata nella controversia dinanzi a essa pendente". Per la scarsezza di indicazioni fornite a questo riguardo, il regolamento si distingue dall'impostazione della Convenzione dell'Aja sugli accordi di scelta del foro, la quale, invece, prevede espressamente una dettagliata serie di ipotesi che il giudice non indicato nella clausola è chiamato a valutare, dal

[31] Illustra chiaramente questa eventualità F. RAGNO, "*Lis alibi pendens* in international commercial arbitration", in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2018, nota 33.

[32] V. *supra* par. 2.

[33] Conclusioni dell'avvocato generale Philippe Léger, cit., punto 73 s.

momento che la presenza anche di una sola di esse determinerebbe il venir meno, per tale giudice, della necessità di sospendere il giudizio[34].

In dottrina sono state avanzate alcune proposte interpretative al riguardo, per la maggior parte assai restrittive nei confronti del giudice non indicato nella clausola di scelta del foro[35].

[34] Ai sensi dell'art. 6 della Convenzione dell'Aja, infatti, il giudice adito che non sia quello indicato in un accordo di scelta del foro non è tenuto a sospendere il procedimento o a dichiarare la domanda inammissibile quando: a) l'accordo sia nullo secondo la legge dello Stato del giudice prescelto; b) una parte fosse priva della capacità di concludere l'accordo in base alla legge dello Stato del giudice adito; c) l'attuazione dell'accordo comporti una palese ingiustizia o sia manifestamente contraria all'ordine pubblico dello Stato del giudice adito; d) per motivi eccezionali indipendenti dalla volontà delle parti, l'accordo non possa ragionevolmente essere eseguito; oppure e) il giudice prescelto abbia deciso di non conoscere della causa.

[35] I. BERGSON, "The death of the torpedo action? The practical operation of the Recast's reforms to enhance the protection for exclusive jurisdiction agreements within the European Union", in *Journal of Private International Law*, 2015, p. 6 ss., propone tre diversi standard di valutazione che il giudice per primo adito ma non indicato nella clausola potrebbe adottare e conclude nel senso che quello dall'A. chiamato "'*middle ground' determination*" è il più adatto. In base a tale standard, il giudice dovrebbe ritenere sufficiente, al fine di sospendere il procedimento, una qualsiasi prova dell'esistenza di una clausola di giurisdizione esclusiva; secondo S.M. CARBONE, "Gli accordi di proroga della giurisdizione e le convenzioni arbitrali nella nuova disciplina del regolamento (UE) 1215/2012", in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 657, soltanto il giudice indicato nella clausola di proroga può operare una valutazione della validità, degli effetti e della portata dell'accordo di proroga, mentre il giudice per primo adito e non indicato nella clausola può solo verificare la "mera esistenza materiale della clausola di proroga e la sua possibile rilevanza, *prima facie*, rispetto alla controversia dedotta in giudizio"; secondo F. GARCIMARTÍN, "Prorogation of Jurisdiction", cit., p. 340 s., la mera affermazione da parte del soggetto convenuto dell'esistenza della clausola di proroga non sarebbe sufficiente per attivare il meccanismo di cui all'art. 31, par. 2, del regolamento Bruxelles I-*bis*. Quantomeno, secondo l'A., dovrebbe fornirsi una prova *prima facie* dell'esistenza delle condizioni di applicabilità della previsione in parola. Nella pratica, basterebbe, sempre secondo l'A., provare davanti al giudice per primo adito – il quale è libero di richiedere alle parti maggiori informazioni, qualora lo ritenga opportuno – che è stato instaurato un procedimento davanti al giudice prorogato; secondo F.C. VILLATA, "L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I", cit., p. 171, il giudice preventivamente adito sarebbe chiamato ad operare un "accertamento *prima facie* dell'esistenza dell'accordo di scelta"; similmente ha preso posizione T. HARTLEY, "Choice of Court Agreements and the New Brussels I Regulation", in *Law Quarterly Review*, 2013, p. 313; parimenti, secondo G. VITELLINO, "Le novità in materia di litispendenza e connessione", cit., p. 102, il giudice non designato dovrebbe limitarsi ad accertare l'esistenza *prima facie* di un accordo di scelta di un altro foro, senza accertarne la validità, l'efficacia o l'ampiezza. Sempre nel senso che il giudice adito per primo dovrebbe ritenersi soddisfatto, al fine di poter sospendere il procedimento, da una prova dell'esistenza della clausola di proroga, si è espresso anche M.A. LUPOI, "La nuova disciplina della litispendenza e della connessione tra cause nel regolamento UE n. 1215 del 2012", cit., p. 1431. Tuttavia, l'A. afferma che la valutazione che tale giudice è chiamato ad operare potrebbe nondimeno essere complessa e dunque "la possibilità […] che, al-

La giurisprudenza italiana che ha sinora fatto applicazione dell'art. 31 del regolamento, pur non ancora copiosa, offre interessanti spunti di ragionamento. Merita menzione, innanzi tutto, la già ricordata ordinanza della Corte di Cassazione 30425/2018[36], che – pur se, come visto, desta perplessità in quanto applica l'art. 31, par. 3, invece che l'art. 29, par. 3 del regolamento Bruxelles I-*bis*[37] in un caso in cui il giudice prorogato ero stato adito per primo – è ciononostante significativa per i tempi (eccessivamente lunghi) di reazione dei giudici italiani ad una situazione di litispendenza intracomunitaria, che da essa si possono desumere. Infatti, posto che il procedimento olandese aveva avuto inizio il 17 agosto 2015, mentre quello italiano tra novembre e dicembre dello stesso anno, il 24 agosto 2016, il giudice olandese rendeva una sentenza, che poi diveniva definitiva, con cui affermava la sussistenza della propria giurisdizione. Ciononostante, il procedimento italiano proseguiva per almeno un altro anno, come si deduce dal fatto che il regolamento preventivo di giurisdizione era stato proposto "nella pendenza del giudizio davanti al Tribunale di Genova […] con atto notificato il 29 e 30 maggio 2017". Dunque, a prescindere dalla correttezza o meno del richiamo all'art. 31, invece che all'art. 29 del regolamento, è evidente, da una mera osservazione delle tempistiche sopra descritte, una certa reticenza dei giudici italiani ad attenersi alle disposizioni del regolamento sulla sospensione del procedimento e sulla dichiarazione della propria carenza di giurisdizione in caso, rispettivamente, di litispendenza e di successivo accertamento della giurisdizione da parte di un'altra autorità giurisdizionale.

Il secondo caso che merita di essere ricordato riguarda un procedimento iniziato da alcune società italiane contro una società francese davanti al Tribunale di Civitavecchia. Parte convenuta, nella comparsa di costituzione e risposta, formulava un'eccezione di giurisdizione allegando che le parti si erano preventivamente accordate per far decidere una controversia di quel tipo in via esclusiva al giudice inglese. Parte convenuta rendeva inoltre noto al giudice italiano che davanti al menzionato giudice inglese pendeva, tra le stesse parti, un procedimento, iniziato, da essa parte convenuta, successivamente a quello italiano, avente il mede-

meno per un certo periodo, i due processi procedano in simultanea è tutt'altro che peregrina". Si v., infine, L. PENASA, "La nuova disciplina degli accordi sulla giurisdizione alla luce del Reg. n. 1215/2012 (Bruxelles I-*bis*)", cit., p. 121, il quale afferma, adottando una posizione meno restrittiva nei confronti del giudice per primo adito, che quest'ultimo deve valutare se l'accordo di proroga è "valido ed efficace alla stregua delle regole europee che lo disciplinano".

[36] V. *supra* par. 4 e nota 30.

[37] Cfr. *supra* par. 4.

simo oggetto e il medesimo titolo. Il giudice italiano, a seguito dell'udienza di prima comparizione e trattazione, non decideva sull'istanza di sospensione avanzata da parte convenuta ma concedeva alle parti i termini di cui all'art. 183, 6° comma, cod. proc. civ., ritenendo insufficiente, ai fini di pronunciarsi su detta istanza, quanto fino a quel momento dedotto dalle parti, desiderando approfondire ulteriormente la propria conoscenza della vicenda, al fine di decidere se la controversia a lui sottoposta potesse rientrare o meno nell'ambito di applicazione della clausola di proroga del foro fatta valere da parte convenuta[38].

Questa scelta desta perplessità, perché pare sostanzialmente contraria alla *ratio* dell'art. 31 del regolamento Bruxelles I-*bis*. Se infatti, come già ribadito, è opportuno che anche il giudice per primo adito e non prorogato svolga una forma di analisi della clausola di proroga del foro e della fattispecie, non pare che, per quanto riguarda specificamente il procedimento regolato dal codice di procedura civile italiano, tale analisi debba essere tanto approfondita da richiedere che le parti siano chiamate a predisporre le tre memorie di cui all'art. 183, comma 6, cod. proc. civ. Ciò è tanto più vero se si considera che il giudice non indicato nella clausola è semplicemente chiamato a sospendere il giudizio, ossia a rendere un provvedimento che produce effetti temporanei. Certo, pare ammissibile che in capo a tale giudice sussistano, anche a seguito dell'udienza di prima comparizione e trattazione, dubbi di svariata natura, ma il modo in cui sono costruiti la norma e il sistema che attorno ad essa gravita sembrerebbe voler favorire in ogni caso – e in particolare anche in caso di dubbio – la sospensione del giudizio.

6. I rimedi offerti dall'ordinamento italiano in caso di mancata sospensione del giudizio da parte del giudice non indicato nella clausola di scelta del foro

Alla luce di quanto precede, pare naturale domandarsi quali rimedi abbia a disposizione la parte che, essendo stata convenuta davanti a un giudice italiano, chiamato a conoscere di una determinata controversia,

[38] Il procedimento italiano di primo grado si è poi concluso con la sentenza 1705/2019, del 28 novembre 2019, a quanto consta non pubblicata, resa *ex* art. 281-*sexies* cod. proc. civ., in cui il Tribunale di Civitavecchia – dopo una lunga disamina in cui ha *inter alia* affermato che la clausola di giurisdizione a favore del giudice inglese conclusa tra le parti era valida ed efficace – ha dichiarato l'inammissibilità della domanda proposta dalle attrici. Nel frattempo, i giudici inglesi si erano già dichiarati competenti a conoscere della controversia.

che tuttavia è oggetto di una clausola di proroga del foro a favore di un giudice di un diverso Stato membro dell'Unione europea, ed avendo, davanti al giudice italiano, eccepito la litispendenza del procedimento pendente davanti allo stesso con un altro procedimento (iniziato successivamente a quello italiano) pendente davanti al giudice prorogato e formulato istanza di sospensione del giudizio, non abbia ottenuto l'accoglimento di quest'ultima, così ritrovandosi a dover affrontare i costi di due giudizi, tra le stesse parti e aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, che proseguono paralleli davanti ai giudici di due ordinamenti diversi[39]. Pare inoltre utile domandarsi, per estensione, quali rimedi abbia a disposizione la parte che si trovasse nella situazione opposta, ossia nella situazione di dover subire la sospensione del procedimento italiano, a suo avviso da essa legittimamente iniziato, a fronte di una istanza di controparte che faccia valere una clausola di proroga a favore di un giudice di un diverso Stato membro.

Per quanto riguarda in particolare l'ordinamento italiano, deve darsi conto di un'annosa questione su cui la Corte di Cassazione ha più volte mutato orientamento. Si tratta, in particolare, della possibilità, per la parte che vi abbia interesse, di proporre, contro il provvedimento che sospende il giudizio o che ne nega (anche implicitamente) la sospensione, un regolamento necessario di competenza, ai sensi dell'art. 42 cod. proc. civ., o un regolamento preventivo di giurisdizione, ai sensi dell'art. 41 cod. proc. civ. A questo proposito, pare opportuno ripercorrere le diverse posizioni assunte negli anni dalla Suprema Corte. Se inizialmente si era esclusa la possibilità di proporre il regolamento di giurisdizione, prevedendo invece la possibilità di esperire il regolamento necessario di competenza, tanto contro il provvedimento che negava la sospensione del procedimento per litispendenza quanto contro il provvedimento che la concedeva[40], presto la Cassazione si era attestata su una posizione più restrittiva. Infatti, pur continuando a negare la proponibilità del regolamento di giurisdizione, affermava l'esperibilità del regolamento di competenza soltanto avverso il provvedimento che avesse disposto la sospensione del giudizio; non, invece, contro il provvedimento che non la avesse (anche implicitamente) concessa[41]. Tale orientamento era poi

[39] Cfr. tuttavia *supra* nota 27.

[40] Cass. S.U., sent. 13 febbraio 1998, n. 1514, *La Baloise Compagnie d'Assurances s.p.a. c. Citibank N.A. e al.*, in *Archivio DeJure*.

[41] Si v. *inter alia*, Cass., sent. 15 dicembre 2000, n. 15843, *Bio – Tec Biologische Naturverpackungen Forschungs und Entwicklungs GmbH & Co. Kg. c. Novamont s.p.a.*; Cass. S.U., sent. 29 gennaio 2001, n. 37, *Gedriplastics N.V. c. Lati Industria Termoplastici s.p.a.*; Cass. S.U., ord. 17 maggio 2002, n. 7299, *G.E. c. L.O.V.H.* Cass. S.U., sent.

modificato dall'ordinanza 12410/2011[42], che aveva ritenuto invece ammissibile, tanto contro un provvedimento di sospensione, quanto contro un provvedimento di mancata sospensione, il regolamento preventivo di giurisdizione, affermando che l'allora vigente art. 27 del regolamento Bruxelles I aveva l'effetto di privare temporaneamente il giudice successivamente adito della propria giurisdizione. La recente sentenza 30877/2017[43] ha infine nuovamente mutato l'orientamento giurisprudenziale, ritornando alla posizione restrittiva precedente al 2011, affermando cioè che è esperibile il regolamento di competenza ai sensi dell'art. 42 cod. proc. civ., ma soltanto avverso un provvedimento di sospensione del giudizio[44]. Non vi sarebbe invece alcun rimedio immediato per far fronte alla mancata sospensione del procedimento, così che l'eventuale vizio "si propagherebbe, quale nullità del procedimento, alla successiva sentenza, essa sola da impugnare coi rimedi suoi propri"[45].

Al di là dei (non soddisfacenti) rimedi di tipo procedurale di cui si è appena dato conto[46], non risulta a chi scrive che l'ordinamento italiano –

28 aprile 1999, n. 274, *Faema s.p.a. c. Denis Ioannidis s.a.*, invece semplicemente esclude la possibilità di proporre regolamento di giurisdizione senza soffermarsi sulla possibilità o meno di proporre il regolamento di competenza. Tutte le sent. citate nella presente nota sono reperibili in *Archivio DeJure*.

[42] Cass. S.U., ord. 8 giugno 2011, n. 12410, *Haus Grund Deutschland – Zentralverband der Deutschen Haus, Wohnungs und Grundei-gentumer e. V. c. Haus Grundeigentum Hannover C. V e al.*, in *Archivio DeJure*.

[43] Cass. S.U., sent. 22 dicembre 2017, n. 30877, *L.A. c. F.V: e al.*, in *Archivio DeJure*.

[44] Tra i commenti a tale sentenza si v. E. D'ALESSANDRO, "Le Sezioni Unite ribadiscono che è il regolamento necessario di competenza lo strumento utilizzabile avverso il provvedimento di sospensione del processo per litispendenza internazionale", in *Il Foro italiano*, 2018, p. 521 ss.; A. GIUSSANI, "Sospensione per litispendenza internazionale e giudizio di legittimità", in *Rivista di diritto processuale*, 2018, p. 829 ss.; G. RAITI, "Ancora un *revirement* delle sezioni unite civili sul dilemma dell'impugnabilità dell'ordinanza sospensiva per litispendenza internazionale", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019, p. 361 ss.

[45] Cass. S.U., ord. 18 marzo 2019, n. 7621, *M.G.G. e al. c. M.G.G. e al.*, in *Archivio DeJure*.

[46] Per completezza deve ricordarsi che, tra i rimedi di tipo procedurale, deve escludersi, come noto, la possibilità di richiedere, laddove tutte le altre circostanze lo permetterebbero, una *anti-suit injunction* ad un eventuale giudice inglese adito parallelamente ad un giudice italiano, al fine di impedire alla parte che abbia dato inizio in mala fede al procedimento italiano, di proseguire nel giudizio. Infatti, secondo la pronuncia *Turner* della Corte di giustizia dell'Unione europea (sent. 27 aprile 2004, causa C-159/02, *Gregory Paul Turner c. Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd and Changepoint SA*), di tale rimedio non può validamente farsi uso nell'Unione europea, nemmeno quando una delle parti abbia agito in mala fede allo scopo di ostacolare un altro procedimento. Sulla sentenza *Turner* si v., in generale, N. ANDREWS, "Abuse of process and obstructive tactics under the Brussels jurisdictional system: Unresolved problems for the European au-

sino ad ora – abbia mai concesso rimedi di tipo sostanziale a favore di chi si trovi nella situazione descritta all'inizio del presente paragrafo. Ci si riferisce, in particolare, alla possibilità di ottenere il risarcimento del danno ingiustamente subito dalla propria controparte che abbia violato una clausola di scelta del foro, instaurando un procedimento di fronte a un giudice diverso da quello su cui si era formato l'accordo o, viceversa, che abbia invocato abusivamente una clausola giurisdizionale in realtà non esistente o non pertinente rispetto ad una determinata controversia[47].

7. La circolazione negli Stati membri della sentenza pronunciata al termine di un procedimento in cui non sono state rispettate le norme europee sulla litispendenza

I pregiudizi che potrebbero verificarsi nel caso in cui il procedimento italiano, invece che essere sospeso, prosegua e si concluda con una

thorities Erich Gasser GmbH v MISAT Srl Case C-116/02 (9 December 2003) and Turner v Grovit Case C-159/02 (27 April 2004)", cit.; R. CARRIER, "Anti-suit injonction: La CJCE met fin à un anachronism", in *Le droit maritime français*, 2004, p. 403 ss.; A. DICKINSON, "A Charter for Tactical Litigation in Europe?", in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2004, p. 273 ss.; T. KRUGER, "The Anti-Suit Injunction in the European Judicial Space Turner v Grovit", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, p. 1030 ss.; E. MERLIN, "Le *anti-suit injunctions* e la loro incompatibilità con il sistema processuale comunitario", in *Il Corriere giuridico*, 2005, p. 14 ss.; M. REQUEJO ISIDRO, "Medidas antiproceso: Turner v. Grovit, final discutible de un debate", in *Diario La ley*, 2004 nº 6051 p. 1 ss.

[47] Nell'ordinamento tedesco, il *Bundesgerichtshof* ha di recente concesso tale possibilità, con decisione III ZR 42/19 del 17 ottobre 2019, in un caso in cui una delle parti di un contratto di *Internet Peering* che prevedeva, *inter alia*, una clausola di proroga del foro a favore del Tribunale di Bonn, in Germania, era stata inizialmente convenuta davanti ai giudici di Washington D.C., i quali si erano però dichiarati incompetenti, proprio a motivo della clausola giurisdizionale contenuta nel contratto. La medesima parte che aveva inizialmente agito negli Stati Uniti iniziava quindi un nuovo procedimento davanti al Tribunale di Bonn. La controparte si costituiva e chiedeva in via riconvenzionale il rimborso delle spese sostenute in relazione al procedimento statunitense. Il Tribunale di Bonn accoglieva la richiesta di parte convenuta, con una sentenza poi riformata dalla Corte di Appello ma infine riaffermata dal *Bundesgerichtshof*. Si v. G. RÜHL, "German Federal Supreme Court awards damages for violation of a choice of court agreement", in *www.conflictoflaws.net*, 17 ottobre 2019. In precedenza, casi di condanna al risarcimento del danno per violazione di una clausola di scelta del foro erano stati registrati nell'ordinamento inglese (in numero consistente) e nell'ordinamento spagnolo (un solo caso). Per gli opportuni riferimenti, si rinvia all'attenta analisi di F.C. VILLATA, "L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I", cit., p. 187 ss. Si v. anche F. GARCIMARTÍN, "Prorogation of Jurisdiction", cit., p. 337 e J. STEINLE, E. VASILIADES, "The Enforcement of Jurisdiction Agreements under the Brussels I Regulation: Reconsidering the Principle of Party Autonomy", cit., p. 575.

decisione, tanto sulla sola giurisdizione quanto anche sul merito, sono considerevoli.

Diversamente da una sentenza resa in violazione dei criteri di giurisdizione esclusiva di cui alla sezione 6 del capo II del regolamento Bruxelles I-*bis*, il cui riconoscimento deve essere negato, secondo quanto disposto dall'art. 45, par. 1, lett. e, ii) del medesimo regolamento, una sentenza – tanto di merito quanto solo sulla giurisdizione e, in quest'ultimo caso, tanto negativa[48] che affermativa – resa da un giudice diverso da quello indicato in una clausola di scelta del foro e che non abbia sospeso il procedimento ai sensi dell'art. 31, par. 2, del regolamento è idonea a produrre effetti negli Stati membri dell'Unione europea[49].

Infatti, secondo quanto previsto dall'art. 45, par. 3, del regolamento, da un lato, la competenza dell'autorità giurisdizionale che ha reso la sentenza di cui è chiesto il riconoscimento non può essere oggetto di riesame da parte dell'autorità cui il riconoscimento stesso è richiesto (a meno che non si tratti di uno dei casi di giurisdizione esclusiva di cui alla già richiamata sezione 6 del capo II del regolamento) e, dall'altro lato, l'eccezione di ordine pubblico di cui all'art. 45, par. 1, lett. a), del regolamento non può essere utilizzata per impedire la circolazione di una sentenza resa in violazione delle norme sulla litispendenza[50].

[48] Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 15 novembre 2012, causa C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG e altri contro Samskip GmbH*. Sulla sentenza *Gothaer*, si v. in generale, A. HENKE, "Verso una nozione europea di *res judicata*: l'efficacia extraprocessuale della declinatoria di giurisdizione e il giudicato sui motivi", in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 1085 ss.; M. NIOCHE, "Reconnaissance d'une décision étrangère d'incompétence prise sur le fondement d'une clause attributive de juridiction", in *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 686 ss.

[49] Offre un'interessante analisi di tale aspetto N. BRÜGGEMANN, "Die Anerkennung prorogationswidriger Urteile im Europäischen und US-amerikanischen Zivilprozessrecht", Tübingen, 2019. L'A., poiché il regolamento Bruxelles I-*bis*, a suo avviso, non proteggerebbe in maniera adeguata gli accordi di scelta del foro, propone l'inserimento di un punto (iii) nell'art. 45, par. 1, lett. e), del regolamento, contenente un ulteriore motivo di non riconoscimento delle decisioni straniere, proprio dovuto al mancato rispetto, da parte del giudice che ha pronunciato la decisione di cui si chiede il riconoscimento, di un accordo di proroga a favore di un giudice diverso. Sul punto si v. anche HEIDELBERG REPORT, cit. *supra* n. 22, par. 456 e I. BERGSON, "The death of the torpedo action? The practical operation of the Recast's reforms to enhance the protection for exclusive jurisdiction agreements within the European Union", cit., p. 16 ss.

[50] Sul punto si v. in particolare Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 gennaio 2019, causa C-386/17, *Stefano Liberato c. Luminita Luisa Grigorescu*, par. 48 – 53 e 56. In particolare, la Corte si è interrogata sul "se le norme sulla litispendenza costituiscano norme sulla competenza", così da essere ricomprese nella formulazione di cui, *inter alia*, all'allora art. 35, par. 3, seconda parte del regolamento Bruxelles I, il quale, analogamente all'art. 45, par. 3, seconda parte del regolamento Bruxelles I-*bis*, prevedeva che "le norme sulla competenza non riguardano l'ordine pubblico contemplato dall'art. 34, punto 1".

8. Considerazioni conclusive

La disposizione di cui all'art. 31, par. 2, del regolamento Bruxelles I-*bis* rappresenta senza dubbio una delle più importanti novità introdotte dalla riforma. Tuttavia, se si pone mente agli obiettivi che il legislatore si era prefissato in sede di revisione, è evidente che sussiste ancora un margine di potenziale miglioramento, in particolare nella direzione di attribuire ai fori prorogati un'esclusività piena, pari a quella dei fori esclusivi di cui all'art. 24 del regolamento, così da tutelare ancor più efficacemente le esigenze del commercio internazionale.

Inoltre, sembra potersi pacificamente affermare che il legislatore dell'Unione europea avrebbe potuto meglio specificare i confini dell'analisi che il giudice chiamato a sospendere il procedimento è tenuto ad operare. Infatti, in assenza di indicazioni precise, i giudici degli Stati membri potrebbero fare applicazione della previsione di cui all'art. 31, par. 2, secondo modalità potenzialmente pregiudizievoli dell'effetto utile della previsione stessa. In particolare, per quanto riguarda l'ordinamento italiano e le norme che regolano il processo civile, è senz'altro da ritenere incompatibile con lo spirito e con la *ratio* della nuova disposizione un provvedimento con cui il giudice, non ritenendosi soddisfatto di quanto dedotto in giudizio dalle parti sino a quel momento, decida di far proseguire il procedimento, attraverso la concessione delle memorie di cui all'art. 183, comma 6°, cod. proc. civ., al fine di prendere una decisione più ponderata circa la sospensione o meno del giudizio. Come si è visto, una situazione di tal genere si è già verificata ed è facilmente intuibile che l'osservazione di casi futuri potrà suggerirci ulteriori forme di distorsione del nuovo meccanismo di litispendenza di cui all'art. 31, par. 2.

Da ultimo deve rilevarsi, da un punto di vista strettamente interno, che l'assenza di rimedi idonei a far fronte al rifiuto, da parte di un giudice per primo adito ma non indicato nella clausola di proroga del foro, di disporre la sospensione del procedimento rappresenta un ulteriore ostacolo alla piena realizzazione delle esigenze degli operatori del commercio internazionale. Sarebbe perciò auspicabile un intervento, quantomeno della giurisprudenza di legittimità, che indicasse un efficace rimedio utilmente esperibile in ipotesi di tal fatta.

L'APPLICAZIONE GIUDIZIALE DELLE NORME DELLO STATUTO DI ROMA SULLA COOPERAZIONE CON LA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

Luigi PROSPERI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La storia infinita della legge di adattamento. – 3. Il regime di cooperazione con la Corte penale internazionale. – 4. Il regime della cooperazione italiana alla luce del limite generale del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento. – 5. (*Segue*): la compatibilità con i "principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato" dell'esecuzione di una richiesta di arresto e consegna di un individuo ai sensi dell'articolo 13 della legge 237/2012. – 6. Un caso di studio: gli effetti della richiesta di consegna di un individuo accusato dalla Corte di aver commesso il crimine di arruolamento di "bambini soldato". – 7. Conclusione.

1. Introduzione

Nel presentare il Disegno di legge n. 2769 contenente "Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale"[1], che era stato approvato dalla Camera dei deputati l'8 giugno 2011 e che avrebbe costituito la base della legge numero 237 del 20 dicembre 2012, il Servizio studi del Senato sottolineava che il testo del provvedimento si limitava a regolamentare i due aspetti essenziali dei rapporti tra l'Italia e la Corte penale internazionale ("Corte", "CPI"): la cooperazione giudiziaria e l'esecuzione dei provvedimenti della Corte. La scelta di stralciare la parte relativa al diritto penale sostanziale veniva giustificata sulla base di un'esigenza prioritaria e improcrastinabile di introdurre norme interne di adattamento alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale ("Statuto", "Statuto di Roma") relative alle richieste di assistenza giudiziaria provenienti dalla Corte, e in particolare in caso di richiesta di consegna di un individuo

* Dottore di ricerca, "Sapienza" Università di Roma.

[1] Corrispondente alla Proposta di legge nn. 1439-1695-1782-2445B (Melchiorre, Brugger e altri), risultante dall'unificazione dei testi dei quattro citati progetti, così come modificati nel corso dei rispettivi esami nelle commissioni nei mesi precedenti al giugno 2011.

destinatario di mandato di cattura[2]. Nello specifico, come sottolineato dal relatore della legge nel corso della seduta della Camera del 27 aprile 2011, l'esigenza era quella di evitare che a causa della mancata attuazione dello Statuto, le autorità statali si trovassero nella condizione di non poter eseguire un mandato d'arresto emesso dalla Corte nei confronti di Muammar Gheddafi, nel caso in cui il leader libico fosse fuggito in Italia[3].

Come già successo nel 1999, quando si era scelto di approvare la legge di ratifica ed esecuzione dello Statuto per far sì che il trattato entrasse in vigore – e la Corte iniziasse di conseguenza a funzionare – nel più breve tempo possibile[4], anche nel 2011 il legislatore decideva dunque di rinviare il necessario e più approfondito esame circa la compatibilità dell'ordinamento interno con lo Statuto. Al di là delle scelte politiche alla base dell'adozione della legge numero 237 del 2012, questo contributo intende analizzarne la portata e gli effetti alla luce degli obblighi derivanti dallo Statuto di Roma, con particolare riferimento al rischio che una violazione di tali obblighi possa derivare proprio dall'applicazione delle norme sull'esecuzione della richiesta di arresto e consegna di un individuo che ne avevano raccomandato l'adozione in tempi brevi.

Nella seconda sezione passerò brevemente in rassegna i progetti di legge e le iniziative che si sono succedute dal 1999 al 2011. Scopo di questa disamina è quello di valorizzare osservazioni e "avvertimenti"

[2] Servizio studi del Senato, "La Corte penale internazionale: profili giuridico-internazionali", novembre 2011, n. 321, p. 22, http://www.senato.it/documenti/repository/dossier/studi/2011/Dossier_321.pdf (da qui in avanti "Dossier del Senato").

[3] Resoconto stenografico dell'Assemblea – Seduta della Camera n. 468 di mercoledì 27 aprile 2011 – Discussione del testo unificato delle proposte di legge Melchiorre ed altri; Gozi ed altri; Di Pietro ed altri; Bernardini ed altri: Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale (A.C. 1439-1695-1782-2445-A), pp. 41-44, http://documenti.camera.it/leg16/resoconti/assemblea/html/sed0468/stenografico.htm (da qui in avanti "Seduta del 27 aprile 2011").

[4] "Proprio al fine di rendere particolarmente veloci i tempi di ratifica, le Commissioni (…) hanno deliberato (…) lo stralcio degli articoli 2, 3 e 4, che contengono la delega al Governo per l'attuazione dello Statuto, perché la urgenza di ratificare lo Statuto medesimo potrebbe essere compromessa dall'esame dei contenuti della delega, che invece richiedono un dibattito più approfondito" (Relazione di accompagnamento al Disegno di Legge n. 3594-A delle Commissioni Seconda (Giustizia) e Terza (Affari Esteri) riunite sul Disegno di legge "Ratifica ed esecuzione dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, con Atto finale ed allegati, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1998. Delega al Governo per l'attuazione dello Statuto medesimo", comunicata alla Presidenza il 2 febbraio 1999, pp. 7-8, http://www.parlamento.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00300403.pdf.

che a più riprese sono stati indirizzati al legislatore nel corso degli anni, allo scopo di denunciare l'esistenza di un vulnus normativo e di individuare modalità di adattamento (più) conformi allo Statuto.

Allo scopo di meglio comprendere le ragioni e gli effetti della scelta di "alleggerire" il testo del Disegno di legge n. 2769 della parte sostanziale, nella terza sezione mi concentrerò sul regime di cooperazione di cui alla Parte 9 dello Statuto. Secondo diversi osservatori, tale regime non avrebbe infatti natura orizzontale, ma "verticale debole". Gli articoli 86, 87, e 88 dello Statuto impongono agli Stati parti di approntare procedure tali da garantire che le autorità nazionali siano in grado di eseguire le richieste di cooperazione della Corte, ma non stabiliscono un obbligo giuridico di adattare l'ordinamento interno alle norme di diritto penale sostanziale. Ai sensi dell'articolo 87, la Corte potrà riferire uno Stato parte all'Assemblea degli Stati parti o al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ("Consiglio di sicurezza", "CdS ONU") soltanto nel caso in cui le autorità statali non eseguano una specifica richiesta di cooperazione. La seconda parte del contributo intende per l'appunto accertare se un rischio di violazione dell'obbligo di cooperazione possa derivare dall'applicazione della legge numero 237 del 2012.

La quarta sezione sarà pertanto dedicata all'esame delle disposizioni della legge 237/2012 alla luce delle osservazioni svolte in merito al regime di cooperazione, con particolare riguardo all'impatto dell'articolo 13, comma 3, sull'esecuzione delle richieste di arresto e consegna di individui destinatari di un mandato d'arresto emesso dalla Corte. Desta perplessità, in tale ottica, il fatto che il giudice competente possa concludere che non sussistono le condizioni per la consegna di un individuo destinatario di mandato d'arresto, e dunque negarne la consegna, nel caso in cui la relativa richiesta contenga disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

La quinta sezione si concentrerà perciò sull'individuazione di casi in cui una richiesta della Corte di (arrestare e) consegnare un individuo destinatario di un mandato d'arresto possa essere ritenuta in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento, e sull'impatto dell'applicazione dell'articolo 13 su tali casi. In particolare, merita un'analisi approfondita la questione della compatibilità con il principio di legalità della consegna di un individuo accusato della commissione di un crimine internazionale che non sia stato incorporato nell'ordinamento interno, e la cui condotta non sia riconducibile ad altra fattispecie di reato.

Nella sesta e ultima sezione proporrò un caso di studio, riguardante la richiesta di consegna di un individuo accusato del crimine di guerra consistente nell'arruolamento di minori di 15 anni (c.d. bambini soldato).

Considerato che il legislatore italiano non ha provveduto ad incorporare nell'ordinamento interno alcuna fattispecie quanto meno "assimilabile", nel caso in cui la Corte inoltri una simile richiesta, il giudice interno potrebbe vedersi costretto a negare la consegna di quell'individuo in quanto incompatibile con il rispetto del principio di legalità.

Adottando un approccio pratico alla questione dell'esistenza o meno di un obbligo giuridico in capo agli Stati parti di adeguare l'ordinamento interno alle norme sostanziali dello Statuto di Roma, questo contributo intende analizzare i rischi derivanti dal mancato incorporamento dei crimini internazionali nell'ordinamento interno italiano alla luce delle norme sulla cooperazione con la Corte contenute nella legge numero 237 del 2012. Sulla base di queste ultime, in talune circostanze il giudice statale potrebbe infatti trovarsi costretto a rigettare la richiesta di arresto e consegna alla Corte di un individuo destinatario di mandato d'arresto, dando luogo ad una violazione dell'obbligo di cooperazione e trasformando di fatto l'Italia in un "porto franco" dove individui sospettati della commissione di gravi crimini internazionali possano trovare riparo.

2. La storia infinita della legge di adattamento

Nei tredici anni trascorsi tra l'adozione della legge 12 luglio 1999, numero 232 sulla "Ratifica ed esecuzione dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale" e quella della legge numero 237 del 20 dicembre 2012, il Parlamento italiano è stato investito di almeno 10 diversi iniziative sull'adattamento dell'ordinamento interno allo Statuto della Corte e/o sulla cooperazione con la Corte[5]. A queste vanno affiancati i

[5] In ordine cronologico: 1) la Proposta di legge n. 2724 (Kessler, Violante e altri) contenente "Norme per l'adattamento dell'ordinamento interno allo Statuto della Corte penale internazionale", presentata alla Camera il 9 maggio 2002; 2) il Disegno di legge n. 1638 (Iovene e altri) contenente "Norme per l'adattamento dell'ordinamento interno allo Statuto della Corte penale internazionale", presentato alla Camera il 24 luglio 2002; 3) il Disegno di legge n. 3574 (Pianetta, Piccioni e altri) sulla "Attuazione dello Statuto della Corte penale internazionale", presentato al Senato il 28 luglio 2005; 4) il Disegno di legge n. 840 (Li Gotti, Belisario e altri) contenente "Norme per l'attuazione dello Statuto della Corte penale internazionale", presentato al Senato il 26 giugno 2008; 5) la Proposta di legge n. 1439 (Melchiorre, Brugger, Nucara, Tanoni) contenente "Disposizioni in materia di cooperazione dello Stato italiano con la Corte penale internazionale", presentata alla Camera il 2 luglio 2008; 6) la Proposta di legge n. 1695 (Gozi, Zaccaria, Ferranti) contenente "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento interno allo Statuto della Corte penale internazionale", presentata alla Camera il 24 settembre 2008; 7) la Proposta di legge n. 1782 (Di Pietro, Donadi) contenente "Norme per l'adeguamento dell'ordinamento interno alle disposizioni dello Statuto della Corte penale internazionale", pre-

lavori di ben quattro commissioni parlamentari[6], tra cui la "Commissione Conforti", istituita nel giugno 2002[7], a cui era stato chiesto di identificare le norme da introdurre nell'ordinamento interno al fine di conformarlo alle parti sostanziale e procedurale dello Statuto di Roma; e la "Commissione Scandurra", anch'essa istituita nel 2002[8], cui era stato attribuito il compito di rivisitare il codice penale militare di guerra al fine di identificare le fattispecie che andassero introdotte *ex novo* nel codice, in quanto qualificate come crimini di guerra dall'art. 8 dello Statuto.

Al di là delle osservazioni circa l'incapacità di portare a compimento alcuna delle citate iniziative, la storia infinita dell'adeguamento dell'ordinamento interno allo Statuto di Roma fornisce importanti spunti

sentata alla Camera il 13 ottobre 2009; 8) il Disegno di legge n. 1112 (Maritati, Marcenaro) contenente "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento interno allo Statuto della Corte penale internazionale", presentato al Senato il 14 ottobre 2008; 9) il Disegno di legge n. 2445 (Bernardini, Mecacci e altri) contenente "Norme per l'adeguamento dell'ordinamento interno alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale", presentato alla Camera il 18 maggio 2009; e 10) il Disegno di legge n. 1904 (Perduca, Poretti) contenente "Norme per l'adeguamento dell'ordinamento interno alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale", presentato al Senato il 25 novembre 2009.

[6] Sui lavori delle Commissioni e l'impianto teorico dei rispettivi progetti, si veda M. CRIPPA, "Sulla (perdurante?) necessità di un adeguamento della legislazione interna in materia di crimini internazionali ai sensi dello Statuto della Corte penale internazionale", in Diritto Penale Contemporaneo, 2016, pp. 13-14, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/CRIPPA_2016a.pdf.

[7] Commissione istituita dal Ministro della Giustizia Castelli tramite Decreto ministeriale del 27 giugno 2002 (v. E. FRONZA, "Principio di complementarietà, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno", in *Introduzione al diritto penale internazionale* (a cura di Amati, Caccamo, Costi, Fronza, Vallini), Milano, 2010, p. 68). L'Autrice ricorda che la Commissione Conforti presentò al Ministero due progetti distinti, rispettivamente aventi ad oggetto le regole di cooperazione internazionale e le norme di diritto penale sostanziale, i quali però vennero successivamente abbandonati. I testi licenziati dalla Commissione Conforti non vennero all'epoca tradotti in veri e propri progetti di legge; la parte relativa alla cooperazione con la Corte sarebbe stata tuttavia utilizzata in seguito, tra gli altri, per la citata Proposta di legge n. 1439 (v. la relazione di accompagnamento alla legge, presentata il 2 luglio 2008, http://documenti.camera.it/_dati/leg16/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp?codice=16PDL0013250).

[8] Commissione istituita dal Ministro della Difesa, e presieduta dall'allora Procuratore generale militare presso la Corte di cassazione (v. Amnesty International, "Riforme legislative necessarie a dare attuazione allo Statuto di Roma sulla Corte penale internazionale", 31 agosto 2005, pp. 6-7, https://www.amnesty.org/en/documents/eur30/009/2005/it/). I lavori della Commissione Scandurra produssero il disegno di legge n. 2493, presentato il 19 settembre 2003 e approvato dal Senato il 18 novembre 2004 con il titolo "Delega al Governo per la revisione delle leggi penali militari di pace e di guerra, nonché per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare", ma successivamente abbandonato.

sul piano giuridico, e in particolare per quanto concerne l'interpretazione delle norme sulla cooperazione con la Corte.

Da questo punto di vista, si possono infatti isolare due teorie prevalenti: quella – che avrebbe informato anche il disegno di legge numero 2769 – secondo cui per scongiurare l'eventualità che le autorità statali si vengano a trovare nella situazione di non poter consegnare alla Corte un soggetto da essa incriminato sarebbe sufficiente introdurre norme procedurali sulla cooperazione con la Corte[9]; e quella secondo cui la ratifica dello Statuto imporrebbe all'Italia di recepire nella legislazione nazionale anche i crimini di competenza della Corte, "sia per avere gli strumenti necessari per reprimere adeguatamente comportamenti ripudiati dalla coscienza mondiale, sia per essere così in grado di esercitare la giurisdizione primaria che, secondo lo Statuto, appartiene agli Stati parti[10]".

Quest'ultima teoria aveva informato i lavori della Commissione Conforti, convinta della necessità di approntare e adottare (almeno) due atti normativi, l'uno di carattere procedurale a l'altro di carattere sostanziale. Come puntualmente evidenziato nella relazione di accompagnamento alla Proposta di legge numero 1695 del 2008, "[l]a piena applicabilità in Italia delle norme contenute nello Statuto della Corte penale internazionale presuppone l'adeguamento dell'ordinamento interno al sistema di diritto penale sostanziale e processuale delineato dallo Statuto stesso[11]". Per tale motivo, e considerato inoltre che dal punto di vista politico "l'impossibilità dell'Italia di rispondere a richieste di assistenza o

[9] V. la relazione di accompagnamento alla Proposta di legge numero 1439 del 2008, http://documenti.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0013250.pdf. A onor del vero, la relazione si limitava a sottolineare che a 10 anni dalla ratifica dello Statuto, le norme sulla cooperazione rivestivano i caratteri della "necessità indifferibile", senza escludere che sarebbe stato opportuno procedere anche all'adattamento alla parte sostanziale.

[10] V. la relazione di accompagnamento alla Proposta di legge numero 2724 del 2002, http://legxiv.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14PDL0028880.pdf. Nello stesso senso si era già espressa in passato la Relazione di accompagnamento al Disegno di legge 3594 (che una volta "alleggerito" delle norme sulle deleghe al Governo per l'adeguamento alle norme dello Statuto, avrebbe costituito la base per la legge numero 232 del 1999), laddove sottolineava che l'interesse italiano ad una piena attuazione dello Statuto emergeva "dall'intento di assicurare piena efficacia al principio di complementarietà", e che la realizzazione degli obiettivi dello Statuto richiedeva "in primo luogo il completamento del diritto penale interno" (v. Relazione di accompagnamento al Disegno di Legge n. 3594 "Ratifica ed esecuzione dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, con Atto finale ed allegati, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1998. Delega al Governo per l'attuazione dello Statuto medesimo", comunicato alla Presidenza il 23 ottobre 1998, p. 6, http://www.parlamento.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00301175.pdf).

[11] V. http://leg16.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0027030.pdf.

di consegna provenienti dalla Corte rischierebbe (…) di avere imprevedibili effetti sull'immagine del nostro Paese[12]", diversi tra i su citati progetti delineavano, come già fatto dalla Commissione Conforti, un organico sistema normativo che avrebbe costituito "una sorta di «codice internazionale penale», sostanziale e di rito[13]".

Per meglio comprendere come mai, al di là della vera o presunta indifferibilità dell'adozione di un provvedimento "monco" quale la legge 237/2012, si sia infine optato per l'accantonamento del progetto di codice internazionale penale, sembra utile soffermarsi su tre momenti: 1) l'audizione, il 23 marzo 2011, del sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione (ed ex membro della Commissione Conforti) Eugenio Selvaggi; 2) la seduta della Camera n. 468 di mercoledì 27 aprile 2011; e 3) la pubblicazione, a novembre 2011, del Dossier sul "Disegno di legge A.S. n. 2769 – Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale".

Per quanto concerne l'audizione del PG Selvaggi (la cui trascrizione non è stata purtroppo resa pubblica), è interessante notare che nel corso della seduta della Camera svoltasi nel pomeriggio del 23 marzo 2011, poche ore dopo l'audizione e il giorno precedente all'adozione del testo definitivo del Disegno di legge numero 2769, l'Onorevole Manlio Contento aveva sottolineato che dall'audizione era emersa la possibilità di approvare una legge che contenesse "unicamente le disposizioni di natura processuale relative ai rapporti con la Corte penale internazionale, lasciando alla normativa penale vigente il compito di punire quei comportamenti che secondo lo statuto di tale Corte debbono essere perseguiti penalmente dagli Stati[14]".

Quanto alla seduta del 27 aprile 2011, su cui si tornerà più volte e più dettagliatamente nel prosieguo, basti qui notare che nel corso del suo intervento, il relatore sulla proposta unificata, l'Onorevole Roberto Rao, aveva affermato che allo scopo di evitare che nel caso in cui il leader libico Muammar Gheddafi si fosse stabilito in Italia le autorità statali si venissero a trovare nella condizione di non poterlo arrestare e consegnare alla Corte, la Commissione e il Governo avevano concordato di pro-

[12] Così nella Relazione di accompagnamento al Disegno di legge numero 3574 del 2005, https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/161787.pdf.

[13] Cfr., tra gli altri, la Relazione di accompagnamento al Disegno di legge numero 1112 del 2008, http://leg16.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00330649.pdf.

[14] V. Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Bollettino delle Giunte e Commissioni Parlamentari Giustizia (II), 23 marzo 2011, p. 65, http://leg16.camera.it/824?tipo=C&anno=2011&mese=03&giorno=23&view=&commissione=02&pagina=data.20110323.com02.bollettino.sede00020.tit00010#data.20110323.com02.bollettino.sede00020.tit00010.

cedere celermente all'elaborazione di un provvedimento normativo sull'adeguamento allo Statuto di Roma di portata più ridotta, da sottoporre all'Assemblea in tempi brevissimi. Secondo il relatore Rao, infatti, per poter privare della libertà personale un individuo accusato dalla CPI della commissione di crimini internazionali sarebbe stato necessario disciplinare le modalità della convalida dell'arresto, la competenza dell'organo, e l'eventuale impugnazione dell'atto di convalida – e non anche criminalizzare le condotte di cui quell'individuo fosse accusato[15].

Un'ulteriore ragione alla base della scelta di alleggerire il testo del progetto sarebbe stata infine presentata nel Dossier pubblicato nel novembre del 2011. In particolare, secondo gli autori del dossier, fintantoché la legge di adeguamento non avesse fatto riferimento al requisito della doppia incriminazione, le autorità italiane avrebbero potuto procedere alla consegna di un individuo accusato dalla Corte della commissione di un crimine internazionale nonostante il fatto non fosse previsto come reato anche dalla legge italiana[16].

3. Il regime di cooperazione con la Corte penale internazionale

Al fine di inquadrare meglio la portata delle argomentazioni sopra esposte sul piano del diritto internazionale, e prima di analizzarne gli effetti alla luce dell'applicazione delle norme dello Statuto di Roma e della legge 237 del 2012, sembra necessario accertare che tipo di obblighi giuridici derivino dalla ratifica dello Statuto.

Come ricordato da alcuni tra i presenti alla Conferenza di Roma del 1998, la Parte 9 dello Statuto – avente ad oggetto "International Cooperation and Judicial Assistance" – è tra quelle rispetto a cui fu più complicato ottenere il necessario consenso degli Stati, e le relative disposizioni quelle il cui testo fu finalizzato soltanto nelle ultime ore della conferenza[17]. Il testo degli articoli che compongono questa parte dello Statuto è il risultato del compromesso tra Stati "universalisti", che avrebbero voluto introdurre un obbligo giuridico di cooperare, e Stati "sovranisti", che

[15] Seduta del 27 aprile 2011, cit., pp. 43-44.

[16] Dossier del Senato, cit., p. 36.

[17] C. KRESS, K. PROST, "Part 9 – International Cooperation and Judicial Assistance. Preliminary Remarks", in *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary* (a cura di Triffterer, Ambos), Monaco/Oxford/Baden Baden, 2016, p. 2003; E P. MOCHOCHOKO, "International Cooperation and Judicial Assistance", in *The Making of the Rome Statute* (a cura di Lee), Leiden, 1999, p. 317.

avrebbero voluto lasciare la decisione agli Stati[18]. Per raggiungere questo compromesso fu necessario spostare il focus della discussione: invece che l'opportunità di imporre un generale obbligo di eseguire tutti gli ordini e le richieste della Corte, ci si concentrò sull'adeguatezza del ricorso a specifici obblighi di eseguire le richieste che la Corte avesse il potere di inoltrare nelle diverse fasi del procedimento[19].

Il risultato del compromesso raggiunto a Roma è un regime ibrido, che da un lato richiede che gli Stati cooperino pienamente ("fully") con la Corte (articolo 86), e attribuisce a quest'ultima la facoltà di riferire lo Stato che non esegua una richiesta di cooperazione all'Assemblea degli Stati parti o al Consiglio di sicurezza (articolo 87, paragrafo 7); ma che dall'altro, nella pratica si limita ad imporre agli Stati parti di fornire la garanzia che siano disponibili sul piano statale specifiche procedure mediante cui eseguire qualsiasi richiesta di cooperazione fondata sulle norme della Parte 9 (articolo 88).

Per questo motivo alcuni autori hanno fatto ricorso, per descrivere il regime di cooperazione stabilito dallo Statuto, al concetto di *regime di cooperazione verticale debole* ("weak vertical cooperation regime")[20]. Ad elementi di "verticalità" (concentrati negli articoli 86 e 87) sono stati infatti affiancati elementi tipici della cooperazione orizzontale tra Stati, quali la libertà delle forme della cooperazione – di cui è espressione l'obbligo procedurale di cui all'articolo 88. Sottolineano questi autori che non riconoscendo la Parte 9 dello Statuto alle richieste della Corte un effetto diretto nell'ordinamento giuridico degli Stati destinatari della richiesta, non si può parlare di un regime di cooperazione "genuinely supranational"[21].

Dal momento che il fine è quello di prevenire la mancata esecuzione di una richiesta di cooperazione della Corte, uno Stato sarà considerato internazionalmente responsabile – e passibile di "referral" all'Assemblea degli Stati parti o al CdS ONU ai sensi dell'articolo 87 – soltanto qualora

[18] A questo proposito, SCHABAS ricorda che "il problema filosofico di base era quello di stabilire se lo Stato, nel rispondere a una richiesta di cooperazione, agisse come organo della Corte o se avesse una propria autorità e dovesse rispondere alle norme dell'ordinamento interno" (W. A. SCHABAS, "Article 86", in *The International Criminal Court: a Commentary on the Rome Statute* (a cura di Schabas), Oxford, 2010, p. 974).

[19] P. MOCHOCHOKO, "International Cooperation and Judicial Assistance", cit., pp. 306-307. Vedi anche W. A. SCHABAS, "Article 88", in *The International Criminal Court: a Commentary on the Rome Statute*, cit., pp. 986-992.

[20] Cfr. C. KRESS, K. PROST, "Part 9 – International Cooperation and Judicial Assistance. Preliminary Remarks", cit., pp. 2008-2009; e P. MOCHOCHOKO, "International Cooperation and Judicial Assistance", cit., pp. 306-308 (il quale in aggiunta ricorda che alcuni Stati avevano ipotizzato di introdurre alcune eccezioni all'obbligo di cooperare).

[21] Cfr. C. KRESS, K. PROST, "Part 9 – International Cooperation and Judicial Assistance. Preliminary Remarks", cit., p. 2010.

nelle concrete circostanze del caso non garantisca l'esecuzione di quella richiesta. L'unico obbligo che lo Statuto crea nei confronti di uno Stato parte ha dunque carattere di obbligazione di risultato[22]. Dal punto di vista dello Stato parte, ciò si rifletterebbe da un lato nella necessità di approntare tutte le procedure necessarie a garantire che quella richiesta sia eseguita, e dall'altro nell'impossibilità di invocare, per giustificarne la mancata esecuzione, il fatto che dall'esecuzione della richiesta possa derivare una violazione di norme interne – incluse quelle di carattere costituzionale[23]. L'articolo 88 avrebbe cioè l'effetto di costringere lo Stato parte ad adottare le misure necessarie a garantire che *tutte* le richieste che la Corte dovesse sottoporre alle autorità statali in conformità con le norme dello Statuto vengano eseguite senza ritardo[24].

Di conseguenza, secondo la dottrina quello cui fa riferimento il paragrafo 1 dell'articolo 89, ossia l'obbligo dello Stato di ottemperare alla richiesta di arresto e consegna di un individuo, è un obbligo "abbastanza rigido", nel senso che la richiesta produce l'obbligo dello Stato parte di localizzare, arrestare e consegnare l'individuo in questione, conformemente alle norme della Parte 9 dello Statuto e alle procedure interne. L'articolo 89 non introduce un'eccezione all'obbligo, ma si limita a "tradurre" il principio stabilito all'articolo 88. Le autorità statali non possono invocare alcun motivo per non eseguire la richiesta della Corte; le procedure interne devono essere utilizzate per adempiere, non per ostacolare l'obbligo di cooperare con la Corte[25]. In un'unica circostanza lo Statuto riconosce agli Stati parti la facoltà di non eseguire una richiesta di cooperazione: quando questa riguardi "altre forme di cooperazione" (e non anche l'arresto e consegna di un individuo), e lo Stato non

[22] A. CIAMPI, "The Obligation to Cooperate", in *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary* (a cura di Cassese, Gaeta, Jones), Oxford/New York, p. 1625; e W. A. SCHABAS, "Article 88", cit., pp. 987-988.

[23] L'articolo 86 specifica infatti che gli Stati parti devono cooperare pienamente con la Corte "conformemente alle norme dello Statuto", impedendo perciò che quelli invochino principi e norme propri dell'ordinamento interno (v. C. KRESS, K. PROST, "Article 86", in *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, cit., p. 2016; e A. CIAMPI, "The Obligation to Cooperate", cit., p. 1630). Nella prassi, v. Prosecutor v. UHURU MUIGAI KENYATTA, ICC-01/09-02/11-908, Decision on Prosecution's applications for a finding of non-compliance pursuant to Article 87(7) and for an adjournment of the provisional trial date, 31 Marzo 2014, para. 47 (la Trial Chamber ha escluso che una carenza nelle procedure statali o nell'interpretazione di queste possa essere invocata allo scopo di giustificare la mancata cooperazione dello Stato parte).

[24] Cfr. A. CIAMPI, "The Obligation to Cooperate", cit., p. 1626; e C. KRESS, K. PROST, "Article 88", in *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, cit., p. 2044.

[25] C. KRESS, K. PROST, "Article 89", in *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, cit., pp. 2050-2051.

possa adempiervi perché ciò comporterebbe la violazione di un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico (articolo 93, paragrafo 3 dello Statuto).

Secondo una diversa interpretazione, prospettata tra gli altri da Roscini, un obbligo di adeguamento dell'ordinamento interno ai principi generali e alle norme sostanziali dello Statuto sarebbe implicito nella formulazione degli artt. 1 e 17 dello Statuto[26]. Secondo questa teoria, l'attribuzione agli Stati parti della facoltà di non adeguare l'ordinamento interno alle norme della parte sostanziale dello Statuto sarebbe in netto contrasto con lo stesso obiettivo di quest'ultimo, quello cioè di porre termine all'impunità per quanto riguarda gli autori di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra ed aggressione, e contribuire alla prevenzione dei suddetti crimini[27]. Poiché gli Stati parti che non provvedessero a criminalizzare quelle fattispecie non adempirebbero alla responsabilità di garantire che la Corte sia capace di operare efficacemente, essi sarebbero anche responsabili della violazione dell'articolo 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che impone agli Stati parti di eseguire gli accordi internazionali in buona fede.

Questa teoria sembra contrastare sia con la lettera dello Statuto che con l'interpretazione che ne hanno dato gli Stati parti.

In primo luogo, posto che nel Preambolo dello Statuto si sottolinea che la punizione dei crimini internazionali va garantita attraverso l'adozione di misure a livello statale e attraverso la cooperazione internazionale (quarto *considerandum*), e che è dovere di ogni Stato esercitare la propria giurisdizione penale sugli autori di quei crimini (sesto *con-*

[26] M. ROSCINI, "Great Expectations. The implementation of the Rome Statute in Italy", in *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 497. Nello stesso senso, si vedano anche C. MELONI, "Il lento adeguamento dell'Italia allo Statuto della Corte penale internazionale: pubblicata la legge sulla cooperazione giudiziaria con la Corte e sull'esecuzione dei suoi provvedimenti", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 gennaio 2013, https://www.penalecontemporaneo.it/d/1988-il-lento-adeguamento-dell-italia-allo-statuto-della-corte-penale-internazionale-pubblicata-la-legge.

[27] OTTO TRIFFTERER ha similmente osservato che poiché lo Statuto di Roma e l'esercizio della giurisdizione della Corte penale internazionale sono fondati sull'assunto che l'essenza dello Statuto possa essere realizzata sul piano interno, tanto l'implementazione delle norme procedurali quanto quella delle norme di natura sostanziale sono condizioni indispensabili per perseguirne gli obiettivi (O. TRIFFTERER, "Legal and Political Implications of Domestic Ratification and Implementation Processes", in *The Rome Statute and Domestic Legal Orders – Volume 1* (a cura di Kress, Lattanzi), Baden Baden/Ripa di Fagnano Alto, 2000, p. 4). Sulla base di analoghe considerazioni, EL ZEIDY è giunto a descrivere il principio di complementarietà come "a new machinery to implement international criminal law" (M. EL ZEIDY, "The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law", in *Michigan Journal of International Law*, 2002, pp. 869 ss.).

siderandum), da ciò non sembra potersi dedurre che uno Stato parte sia tenuto a garantire che tale giurisdizione sia esercitata sulla base di norme "equivalenti" a quelle di cui agli articoli da 5 a 8-*bis* dello Statuto. Come ricordato dalla dottrina, lo Statuto non impone che i crimini internazionali siano perseguiti sul piano statale in "preciso accordo" con le norme dello Statuto[28].

In secondo luogo, l'idea di dedurre l'esistenza di un obbligo di adattare l'ordinamento interno a quelle della parte sostanziale dello Statuto dal combinato disposto degli articoli 1 e 17 risulterebbe incongruente con la soluzione adottata dai negoziatori rispetto ai crimini contro l'amministrazione della giustizia, di cui all'articolo 70 dello Statuto. In effetti la lettera a) del paragrafo 4 dell'articolo 70 espressamente stabilisce che gli Stati parti debbano "estendere" le norme penali statali in modo da ricomprendere i reati contro l'amministrazione della giustizia, così come definiti al paragrafo 1 dell'articolo 70. Laddove i negoziatori avessero voluto imporre un obbligo giuridico di adattamento anche rispetto ai crimini internazionali elencati all'articolo 5, non si vede perché non avrebbero potuto utilizzare la medesima formula negli articoli relativi ai crimini internazionali.

Da ultimo, la teoria dell'obbligo implicito di adattamento non troverebbe alcun supporto nella prassi successiva all'entrata in vigore dello Statuto. Tale obbligo non è mai stato menzionato nel corso della prima Conferenza di revisione di Kampala, nel giugno 2010. Mentre la dichiarazione sulla cooperazione enfatizza il bisogno di adottare "una legislazione adeguata" o "altre procedure" sul piano interno allo scopo di garantire la cooperazione statale[29], la risoluzione sulla complementarietà si limita a "riconoscere" il "bisogno" di introdurre misure aggiuntive sul piano interno così come richiesto ai fini della, e allo scopo di garantire l'assistenza internazionale e che gli autori dei crimini internazionali siano efficacemente perseguiti, e a "notare" che è importante che gli Stati parti adottino "efficaci misure statali" allo scopo di implementare lo Statuto[30].

Dal compromesso raggiunto in sede di negoziazione dello Statuto sembrerebbe dunque derivare che nessuno specifico obbligo giuridico

[28] H. DUFFY, J. HUSTON, "Implementation of the ICC Statute: International Obligations and Constitutional Considerations", in *The Rome Statute and Domestic Legal Orders – Volume 1*, cit., p. 32.

[29] Declaration on cooperation (RC/Decl.2), adottata al termine della Nona seduta plenaria per *consensus*, 8 giugno 2010.

[30] Resolution on complementarity (RC/Res.1), adottata al termine della Nona seduta plenaria per *consensus*, 8 giugno 2010.

può essere invocato relativamente all'adattamento alla parte sostanziale dello Statuto. Il principio di complementarietà non richiede la trasposizione letterale dei "core crimes" nell'ordinamento statale. Per quanto la loro piena implementazione sia desiderabile sul piano politico, l'unica conseguenza della mancata integrazione delle fattispecie corrispondenti a quelle su cui la Corte può esercitare la propria giurisdizione si verificherà nel momento in cui, in applicazione delle norme sul principio di complementarietà, lo Stato sia considerato incapace di perseguire in maniera genuina quelle condotte sul piano statale[31]. Come puntualmente sintetizzato da Triffterer, se da un lato lo Statuto non crea alcun meccanismo di verifica sulla "correttezza" dell'implementazione dello stesso sul piano interno da parte degli Stati che lo abbiano ratificato, dall'altro l'articolo 87, paragrafo 7 attribuisce alla Corte la facoltà di emettere una decisione sulla mancata cooperazione e quindi riferire uno Stato parte all'Assemblea degli Stati parti o al Consiglio di sicurezza, quando nelle concrete circostanze del caso l'incapacità di eseguire una richiesta di cooperazione sia derivata dalla mancata o insufficiente implementazione delle norme dello Statuto[32].

In conclusione, in merito alla mancata implementazione delle norme della parte sostanziale, ritiene chi scrive che occorra distinguere tra due situazioni: quella in cui a causa dell'assenza di fattispecie equivalenti a quelle di cui agli articoli da 6 a 8-*bis* dello Statuto, lo Stato parte non sia in grado di perseguire sul piano interno l'autore di uno di quei crimini internazionali; e quella in cui a causa dell'assenza di tali norme, lo Stato parte non possa eseguire una richiesta di cooperazione che la Corte abbia inoltrato conformemente alle norme della Parte 9 dello Statuto. Mentre nel primo caso la Corte potrà dichiarare lo Stato "unable" e quindi avocare il caso sulla base del principio di complementarietà – procurando tutt'al più un danno alla reputazione internazionale dello Stato; nel secondo potrà riscontrare una violazione di un obbligo giuridico da parte di quello Stato, e riferire tale violazione all'Assemblea degli Stati parti o al

[31] Vedi M. GOLDMANN, "Implementing the Rome Statute in Europe: From Sovereign Distinction to Convergence in International Criminal Law?", in *Finnish Yearbook 2005* (a cura di Klabbers, Tuori), Leiden/Boston, 2008, p. 15. Altri hanno osservato, in maniera analoga, che sebbene un'operazione di adeguamento dell'ordinamento interno alle norme della parte sostanziale dello Statuto di Roma possa apparire "saggia", essa non è "strettamente richiesta" né ai fini della piena cooperazione con la Corte, né in conseguenza dell'adozione e applicazione del principio di complementarietà (H. DUFFY, J. HUSTON, "Implementation of the ICC Statute: International Obligations and Constitutional Considerations", cit., p. 33).

[32] O. TRIFFTERER, "Legal and Political Implications of Domestic Ratification and Implementation Processes", cit., pp. 24-25.

CdS ONU affinché adottino le "misure adeguate". Ciò che si intende verificare nel prosieguo è se nelle concrete circostanze del caso, in conseguenza dell'applicazione delle norme della legge numero 237 del 2012 l'Italia possa venirsi a trovare in quest'ultima situazione.

4. Il regime della cooperazione italiana alla luce del limite generale del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento

In ragione di quanto sin qui detto, si potrebbe dedurre che il fatto di aver stralciato dal testo della legge 237/2012 le norme sull'adeguamento alla parte sostanziale dello Statuto di Roma rientrasse nelle piene facoltà dell'Italia, e che l'unico aspetto di cui preoccuparsi sia la disponibilità in concreto di procedure necessarie e sufficienti a garantire la cooperazione con la Corte. In realtà, come la seconda parte di questo contributo intende dimostrare, le disposizioni della legge sollevano tutta una serie di delicate questioni giuridiche, dalla cui soluzione dipenderà l'effettiva capacità delle autorità italiane di eseguire le richieste di cooperazione.

In base all'articolo 11 della legge 237, la competenza a decidere sulle richieste di consegna di una persona nei cui confronti la Corte penale internazionale abbia emesso un mandato di arresto è attribuita alla Corte d'appello di Roma. Ai sensi del comma 1 dell'articolo 11, una volta ricevuta la richiesta della CPI, il Procuratore Generale presso la Corte d'appello di Roma chiede alla medesima Corte d'appello l'applicazione della misura della custodia cautelare nei confronti della persona della quale è richiesta la consegna. Il comma 2 stabilisce che su questa richiesta, la Corte d'appello decide con ordinanza contro cui è ammesso ricorso per cassazione ai sensi dell'articolo 719 del codice di procedura penale. Le cause di revoca della misura cautelare sono elencate all'articolo 12.

L'articolo 13 delinea invece la procedura per la consegna alla Corte. In base al comma 3, la corte d'appello di Roma pronuncia sentenza con la quale dichiara che non sussistono le condizioni per la consegna se ricorre una di queste ipotesi: a) la CPI non ha emesso un provvedimento restrittivo della libertà personale o una sentenza definitiva di condanna; b) la persona richiesta e quella oggetto della procedura di consegna non coincidono; c) la richiesta contiene disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato; o d) per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona è stata pronunciata nello Stato italiano sentenza irrevocabile, a meno che la CPI non abbia già deciso che il caso sia ammissibile conformemente all'articolo 89, paragrafo 2 dello

Statuto. L'articolo 13, comma 5 stabilisce che il ricorso per cassazione può essere proposto anche in riferimento alle condizioni precisate nel comma 3, e che il ricorso ha effetto sospensivo. Alla Corte d'appello di Roma è dunque affidato il compito di accertare, prima di autorizzare la consegna dell'individuo, se la richiesta della CPI sia compatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento interno.

Molto si è dibattuto in merito alla portata della disposizione di cui alla lettera c) del comma 3 dell'articolo 13, aggiunta dalla Commissione giustizia soltanto a maggio 2012[33]. In effetti, considerato che l'articolo 1 della legge prevede che lo Stato italiano "coopera con la Corte penale internazionale (…) nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano", la sopra citata norma sembrerebbe limitarsi a ribadire che il giudice debba tenere conto dell'esistenza di un limite generale alla cooperazione dell'Italia con la Corte[34]. Per meglio comprendere i termini della questione appare tuttavia necessario fare un passo indietro, e dare conto del dibattito circa la possibilità di ricorrere all'articolo 11 della Costituzione quale fondamento dell'adattamento allo Statuto.

In sintesi, osservatori e dottrina hanno sviluppato nel corso degli anni tre diverse teorie.

Secondo la prima, sostenuta tra gli altri da Benvenuti, il sistema creato dallo Statuto di Roma costituirebbe a pieno titolo un ordinamento capace di assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni, e giustificherebbe perciò, sulla base dell'articolo 11 della Costituzione, una più ampia limitazione della sovranità statale[35].

Secondo altri autori, lo Statuto non creerebbe un sistema avente le caratteristiche di un "ordinamento giuridico sovranazionale", così come definite dalla prassi della Corte costituzionale[36]: vuoi perché la Corte è

[33] Cfr. 16esima Legislatura, Seconda Commissione Permanente (Giustizia), Resoconto sommario della Seduta n. 317 del 22 maggio 2012, http://leg16.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=16&id=662184&part=doc_dc.

[34] A tal proposito, la dottrina ha ricordato che il limite dei principi fondamentali "costituisce un tradizionale limite all'attività di cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale, ampiamente previsto dalle disposizioni codicistiche (…) e riconosciuto dalla Corte costituzionale" (E. GUARDUCCI, C. TUCCIARELLI, "Il parziale adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale nella legge n. 237 del 2012", in *Federalismi.it*, 15 febbraio 2013, pp. 9-10, https://www.federalismi.it).

[35] Cfr. P. BENVENUTI, "Italy, implementation of the ICC Statute in national legislation, constitutional aspects", in *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, cit., pp. 129-130; and E. GUARDUCCI, C. TUCCIARELLI, "Il parziale adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale nella legge n. 237 del 2012", cit., p. 6.

[36] Secondo la Corte costituzionale, l'articolo 11 si potrebbe invocare solo qualora

priva di potestà normativa[37], vuoi perché la sua giurisdizione ha natura complementare[38].

Secondo una terza opinione, la riconducibilità dello Statuto all'articolo 11 non avrebbe un impatto in concreto sulla questione: anche laddove si ritenesse che l'articolo 11 della Costituzione fornisca copertura costituzionale allo Statuto, infatti, ciò in nessun caso consentirebbe di adottare soluzioni incompatibili con i principi supremi dell'ordinamento interno[39]. In questo senso si è espresso, in un'audizione del 19 giugno 2012, anche il Procuratore Generale della Corte di cassazione Gianfranco Ciani, il quale ha suggerito che i principi supremi dell'ordinamento italiano possono costituire l'ostacolo principale alla cooperazione della Corte, soprattutto ove oggetto della richiesta sia la consegna di una persona[40].

Allo scopo di questa analisi, e tenuto conto del fatto che la giurisprudenza non ha ancora avuto modo di esprimersi sulla questione, sembra più interessante verificare se dall'applicazione in concreto delle norme sulla cooperazione con la Corte di cui alla legge 237/2012 possa derivare una violazione di tali principi supremi.

dall'adesione all'organizzazione internazionale derivi "l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri" (v. Corte Costituzionale, sentenza 348/2007, punto 3.3 in Diritto).

[37] V. ZANETTI, "Attuazione dello Statuto della Corte penale internazionale: alcuni nodi costituzionali", in *Quaderni Costituzionali*, 2010, pp. 779-780.

[38] V. T.F. GIUPPONI, "Le immunità costituzionali tra diritto interno e giustizia internazionale", Relazione al Convegno "Immunità costituzionale e crimini internazionali" (Università di Milano Bicocca, 8-9 febbraio 2007), p. 21, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0006_giupponi.pdf.

[39] Se da un lato il Dossier rilevava che "l'adeguamento dell'ordinamento interno alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale rientra - secondo quella che appare l'opzione interpretativa preferibile - nell'ambito di applicazione dell'articolo 11 della Costituzione", dall'altro concludeva che "tale copertura costituzionale (…) incontra comunque il (…) limite del necessario rispetto dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato" (Dossier del Senato, cit., p. 38).

[40] V. Senato della Repubblica – Commissione Giustizia – Seduta del 19 giugno 2012, ore 14. Audizione del procuratore generale della Corte di cassazione dott. GIANFRANCO CIANI, p. 3, http://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/comm02/documenti_acquisiti/2769-%20CIANI.pdf (da qui in avanti "Audizione del PG Ciani").

5. (Segue): *la compatibilità con i "principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato" dell'esecuzione di una richiesta di arresto e consegna di un individuo ai sensi dell'articolo 13 della legge 237/2012*

In sede di commento alla legge 237/2012, la dottrina ha pressoché unanimemente suggerito che il principio fondamentale dell'ordinamento giuridico italiano il cui rispetto dovrebbe essere garantito in base agli articoli 1 e 13 della legge sarebbe il principio della doppia incriminazione, e individuato diverse possibili soluzioni interpretative che consentirebbero alla Corte d'appello di autorizzare l'esecuzione di una richiesta di cooperazione avente ad oggetto la consegna di un individuo.

In primo luogo, è stata invocata una soluzione "tecnica", in base alla quale il principio della doppia incriminazione sarebbe rispettato quando la condotta sia penalmente rilevante in entrambi gli ordinamenti, a prescindere dalla qualificazione giuridica del fatto[41]. In base a questa interpretazione, secondo Pividori il principio della doppia incriminazione non sarebbe violato in quanto "la quasi totalità dei reati di competenza della CPI ha ad oggetto condotte comunque penalmente rilevanti per l'ordinamento nazionale"[42].

Secondo Pividori, una seconda opzione interpretativa consisterebbe nella "valorizzazione" della differente portata dei termini "consegna" ed "estradizione". Il fatto che l'articolo 102 dello Statuto di Roma si limiti a fare riferimento alla "consegna" di un individuo implicherebbe cioè "l'alterità delle forme di cooperazione degli Stati con la CPI rispetto alle classiche forme di cooperazione giudiziaria interstatali", e permetterebbe di "orientare ad una lettura Court-friendly tutte le disposizioni dalla legge di adattamento italiana", evitando l'applicazione del principio della doppia incriminazione[43].

Una terza opzione, sottoscritta dal PG Ciani, fa invece perno sulla natura di "crimini contro lo *jus gentium*" dei crimini per i quali sussiste la giurisdizione della Corte, che sarebbero come tali punibili anche nel nostro ordinamento sulla scorta dell'articolo 10 della Costituzione[44].

[41] In questo senso si era espresso il Procuratore Generale CIANI, secondo il quale il principio della doppia incriminazione richiederebbe "esclusivamente che il fatto sia previsto come reato da entrambi gli ordinamenti (…), indipendentemente dalla qualificazione giuridica dello stesso nei due ordinamenti" (Audizione del PG Ciani, cit., p. 2).

[42] C. PIVIDORI, "La legge italiana di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale", in Osservatorio Costituzionale, aprile 2014, p. 7, https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Pividori%202014.pdf.

[43] C. PIVIDORI, "La legge italiana di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale", cit., p. 7.

[44] Audizione del PG CIANI, cit., p. 2.

Il superamento del principio della doppia incriminazione non rappresenterebbe in effetti una novità, in quanto esso trova un significativo precedente nella Legge numero 69 del 2005 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, recante disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002. In base all'articolo 8, comma 1 della Legge 69/2005, veniva espressamente stabilito che dovesse farsi luogo alla consegna in base al mandato d'arresto europeo, indipendentemente dalla doppia incriminazione (ma purché il massimo della pena o della misura di sicurezza privativa della libertà personale sia pari o superiore a tre anni), per i reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale[45].

Nessuna di queste argomentazioni è a mio avviso convincente.

Per quanto concerne la soluzione "tecnica", il suo principale limite è che ad essa si potrebbe far ricorso a patto che i crimini di competenza della CPI abbiano ad oggetto condotte penalmente rilevanti per l'ordinamento nazionale. In assenza di una fattispecie "equivalente", non si potrebbe infatti obiettare che avendo le norme sui crimini internazionali carattere consuetudinario, queste sarebbero integrate nell'ordinamento interno sulla base dell'articolo 10 della Costituzione. Innanzitutto, il Dossier del Senato sottolinea a questo proposito che "tale sovrapposizione fra le previsioni dello Statuto e quelle del diritto internazionale consuetudinario non è completa (…) in quanto in alcuni casi le previsioni dello Statuto hanno una portata più ristretta, mentre in altri hanno una portata più ampia[46]". È questo il caso, tra gli altri, del crimine di arruolamento di minori di anni 15 nell'ambito di conflitti armati internazionali (articolo 8, paragrafo 2, lettera (b)(xxvi)) e non internazionali (articolo 8, paragrafo 2, lettera (e)(vii)) – fattispecie, questa, su cui si tornerà più avanti[47].

In merito alla copertura costituzionale fornita dall'articolo 10 si potrebbero sollevare due obiezioni. In primo luogo, le disposizioni dello Statuto di Roma potrebbero ritenersi incompatibili con le previsioni di cui all'articolo 10, comma 4 e 26, comma 2 della Costituzione, laddove

[45] Legge 22 aprile 2005, n. 69 recante "Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 98 del 29 aprile 2005.

[46] Dossier del Senato, cit., p. 40.

[47] Nel citato intervento del 27 aprile 2011, ROBERTO RAO aveva fatto riferimento ad una serie di crimini che non trovavano corrispondenza nell'ordinamento interno, tra cui l'utilizzo di mercenari, la sterilizzazione forzata, il diniego del giusto processo, l'uso di scudi umani (v. Seduta del 27 aprile 2011, cit., p. 44).

queste ultime dispongono che non è ammessa l'estradizione per reati politici[48]. In secondo luogo, un'obiezione più generale (e a mio avviso più convincente) consiste nel fatto che la cosiddetta "consuetudine innovatrice" è ritenuta incompatibile con il principio della riserva di legge di cui all'articolo 25 della Costituzione[49]. Laddove si tenga inoltre conto della natura "non *self-executing*" delle norme dello Statuto – e in particolare a causa della mancanza della sanzione –, sembra ragionevole concludere che queste necessitino di riformulazione sul piano statale[50].

Quanto infine alla possibilità di distinguere tra consegna ed estradizione, anche qualora si ritenesse questa opzione praticabile, appare evidente che in ogni caso la cooperazione sarebbe sottoposta al limite del rispetto degli (altri) principi fondamentali dell'ordinamento statale. Questa obiezione introduce la questione più significativa e delicata della cooperazione in concreto con la CPI: se cioè, al di là della rilevanza della doppia incriminazione, il rispetto del principio di legalità possa precludere (l'arresto e) la consegna di un individuo sospettato della commissione di un crimine internazionale, qualora tale crimine non sia previsto dalla legge interna come reato[51].

In questo senso, condivido a pieno l'osservazione di Guarducci e Tucciarelli, secondo i quali, indipendentemente dalla risposta che si vorrà dare agli interrogativi circa il rispetto del principio della doppia incriminazione, "il principio di legalità derivante dalla nostra Costituzione si porta dietro l'ulteriore corollario della determinatezza e tassatività delle fattispecie penali[52]". Rilevano i citati Autori che due problemi potrebbero sorgere, in ordine al rispetto di quei principi, per il fatto che molte delle fattispecie inserite nello Statuto di Roma sono connotate da carattere

[48] Dossier del Senato, cit., pp. 42-44. In senso contrario, v. E. GUARDUCCI, C. TUCCIARELLI, "Il parziale adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale nella legge n. 237 del 2012", cit., pp. 24-25 (i quali ritengono che i crimini internazionali possano essere esclusi dalla lista dei "delitti politici").

[49] Si veda, tra gli altri: F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, p. 44 (l'Autore sottolinea, tra l'altro, che "[n]on sono riscontrabili (…) esempi di norme consuetudinarie che siano state capaci di imporre nuove figure di reati o di pene.").

[50] In questo senso, v. M. ROSCINI, "Great Expectations. The implementation of the Rome Statute in Italy", cit., p. 494.

[51] Non mi concentrerò invece su altri possibili ostacoli alla cooperazione, tra cui il riconoscimento di immunità dalla giurisdizione a una serie di organi costituzionali sulla base degli articoli 90, 96, e 68 della Costituzione, nonché dell'articolo 3, comma 2 della legge costituzionale n. 1 del 1948 (sul punto, si veda Dossier del Senato, cit., pp. 40-42; e E. GUARDUCCI, C. TUCCIARELLI, "Il parziale adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale nella legge n. 237 del 2012", cit., p. 27).

[52] V. E. GUARDUCCI, C. TUCCIARELLI, "Il parziale adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale nella legge n. 237 del 2012", cit., p. 26.

di astrattezza e genericità: da un lato, il fatto che gli aspetti specifici dei crimini vengano di volta in volta precisati in uno strumento normativo autonomo, ossia gli "Elements of Crimes", potrebbe essere incompatibile con il principio di determinatezza; dall'altro, il fatto che lo Statuto si limiti a individuare le pene in maniera generica, all'articolo 77 – quantificando il massimo della pena in 30 anni di reclusione ovvero nell'ergastolo, in ragione dell'estrema gravità del crimine e della situazione personale del condannato –, potrebbe comportare una violazione del principio di tassatività. Anche in merito alla risposta da dare a questi quesiti ritengo di condividere le conclusioni degli Autori, i quali ricordano che secondo la Corte costituzionale (sentenza numero 312 del 1996), il principio di determinatezza è soddisfatto anche dalla semplice delimitazione della discrezionalità dell'interprete, e non soltanto e necessariamente dalla descrizione dettagliata dei comportamenti penalmente vincolanti; e che, posto che questo si possa qualificare come "principio fondamentale dell'ordinamento", risulta al contrario assai più complicato ritenere soddisfatto il requisito di cui all'art. 25, comma 2 della Costituzione in assenza della definizione delle sanzioni[53].

Un'ulteriore, delicata questione potrebbe a mio avviso sorgere in merito all'eseguibilità di una richiesta di consegna, nel caso in cui il reato corrispondente al crimine internazionale di cui l'individuo sia accusato dalla CPI sia già prescritto nel momento in cui le autorità statali ricevano la richiesta. Ove pure si ritenesse la doppia incriminazione garantita sulla base della "equivalenza" delle fattispecie, risulterebbe più complicato concludere che ai sensi dell'articolo 13, comma 3 della legge 237/2012, la Corte d'appello di Roma possa disporre l'arresto di un individuo, quando questo si ponga in contrasto con il principio di determinatezza di cui all'articolo 25, comma 2 della Costituzione. In una recente decisione, la Corte costituzionale – che già nell'ordinanza di rimessione aveva osservato che "l'ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità[54]" – ha infatti evidenziato che l'istituto della prescrizione, incidendo sulla punibilità della persona, "rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost."; e che sebbene il legislatore possa modulare tale istituto attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all'oblio e l'interesse a perseguire i reati, ciò debba sempre

[53] Ibidem, p. 27 (si v. anche Corte costituzionale, sentenza numero 312 del 1996, depositata il 25 luglio 1996, par. 3).

[54] Corte costituzionale, ordinanza numero 24 del 2017, depositata il 26 gennaio 2017, par. 8.

avvenire "nel rispetto di tale premessa costituzionale inderogabile"[55] – che un individuo possa conoscere in anticipo le conseguenze della sua condotta[56].

6. Un caso di studio: gli effetti della richiesta di consegna di un individuo accusato dalla Corte di aver commesso il crimine di arruolamento di "bambini soldato"

Le problematiche sin qui discusse potrebbero apparire puramente teoriche. Ad oggi, nonostante i timori paventati nel 2011, non si è mai verificato che un individuo nei cui confronti la Corte avesse emesso un mandato d'arresto si trovasse sul territorio italiano, e l'Italia non è mai stata fatta destinataria di una richiesta di consegna ai sensi dell'articolo 89 dello Statuto di Roma. Ciò nonostante, e onde evitare che il nostro legislatore si trovi nuovamente nella condizione di approvare provvedimenti normativi in situazione di emergenza – come già successo tra il 2011 e il 2012 –, mi sembra importante verificare se e quali rischi il nostro Paese correrebbe, nel caso in cui quell'ipotesi si materializzasse. La trattazione di un caso di studio mi aiuterà a questo fine.

Come più volte sottolineato in questo contributo, ad oggi il legislatore italiano non ha ancora provveduto ad adeguare l'ordinamento interno alle norme della parte sostanziale dello Statuto. Diversi tra i crimini internazionali su cui la CPI ha competenza non possono perciò essere perseguiti sul piano statale, se non attraverso il ricorso – quando possibile – ad una fattispecie avente ad oggetto la medesima condotta. Tra i crimini che non trovano corrispondenza nell'ordinamento interno è compreso il crimine di guerra di arruolamento di minori di 15 anni (da qui in avanti, "arruolamento di bambini soldato"), di cui agli articoli 8, para-

[55] Corte costituzionale, sentenza numero 115 del 2018, depositata il 31 maggio 2018, parr. 10-11. Al paragrafo 11, la Corte costituzionale chiarisce che il principio di determinatezza "non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura a chiunque «una percezione sufficientemente chiara ed immediata» dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta".

[56] Sulla base di analoghe considerazioni, con due sentenze del 17 luglio 2014 la Corte di Cassazione ha definitivamente rifiutato l'estradizione in Argentina di Carlos Luis Malatto e Franco Reverberi per fatti avvenuti negli anni Settanta del secolo scorso (v. A. MARCHESI, "Il caso *Reverberi* e gli attuali limiti della collaborazione italiana alla punizione di crimini internazionali", in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2015, pp. 218-225).

grafo 2, lettera (b) (xxvi), e all'articolo 8, paragrafo 2, lettera (e) (vii) dello Statuto.

La scelta dell'arruolamento dei bambini soldato come "test case" non è casuale. Nel corso dei suoi primi 17 anni di attività, la CPI ha più volte giudicato individui accusati di aver commesso il crimine in questione, nell'ambito di un conflitto armato non internazionale. Il 14 marzo 2012, nella prima sentenza di condanna emessa dalla Corte, la Trial Chamber I ritenne Thomas Lubanga Dyilo responsabile di aver arruolato, tra il 1° settembre 2002 e il 13 agosto 2003, minori di 15 anni nella Union des Patriotes Congolais/Forces Patriotiques pour la Liberàtion du Congo (UPC/FPLC) di cui era presidente[57]. Più di recente, l'8 luglio 2019 la Trial Chamber VI ha condannato Bosco Ntaganda, tra le altre cose, per aver arruolato minori di 15 anni nello stesso gruppo armato (di cui l'accusato era uno dei leader militari) tra il 6 agosto 2002 e il 31 dicembre 2003[58]. Lo stesso crimine è stato contestato a Mathieu Ngudjolo[59], Germain Katanga[60], Dominic Ongwen[61], Alfred Yekatom e Patrice-Edouard Ngaïssona[62].

[57] Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Trial Chamber I, 14 marzo 2012. La sentenza è stata confermata in appello il 1° dicembre 2014 (v. Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, Appeals Chamber, 1 dicembre 2014).

[58] Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, Judgment, Trial Chamber VI, 8 luglio 2019.

[59] Assolto dalla Trial Chamber II rispetto a tutti i capi d'accusa (v. Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo, ICC-01/04-02/12, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Trial Chamber II, 18 dicembre 2012).

[60] Più tardi assolto dalla Trial Chamber II rispetto a questo capo d'accusa (v. Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Trial Chamber II, 7 marzo 2014).

[61] Situation in Uganda, The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, 23 marzo 2016, parr. 125-131.

[62] Alfred Yekatom e Patrice-Edouard Ngaïssona, rispettivamente accusati di essere tra i leader del gruppo armato non statale noto come "Anti-Balaka", coinvolto in un conflitto armato nella Repubblica Centrafricana tra il 2013 e il 2014, sono attualmente detenuti a L'Aja in pendenza della decisione sulla conferma delle accuse (v. Situation in Central African Republic II, The Prosecutor v. Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona, ICC-01/14-01/18, Case information sheet (updated: September 2019), https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/yekatom-ngaïssonaEn.pdf; e Situation in Central African Republic II, The Prosecutor v. Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona, ICC-01/14-01/18, Public redacted version of "Document Containing the Charges", ICC-01-14/01-18-282-Conf-AnxB1, 18 settembre 2019, parr. 359-375).

Le disposizioni di cui all'articolo 8, paragrafo 2, lettera (b) (xxvi), e all'articolo 8, paragrafo 2, lettera (e) (vii) dello Statuto di Roma rispettivamente qualificano come crimine di guerra il reclutamento o l'arruolamento di minori di 15 anni, o l'utilizzo di questi ai fini della partecipazione attiva alle ostilità, nell'ambito di conflitti di carattere internazionale e non internazionale (ampliando in quest'ultimo caso l'ambito di applicazione ai gruppi armati non statali). Sebbene fossero basate su norme di carattere consuetudinario[63], le sopra citate condotte (colloquialmente identificate come arruolamento di bambini soldato) sono state per la prima volta espressamente criminalizzate nello Statuto di Roma. Le due disposizioni furono infatti oggetto di intensi e difficili negoziati nel corso della Conferenza diplomatica di Roma del 1998, in particolare per quanto concerne l'utilizzo del termine "recruiting" (infine sostituito da "conscripting or enlisting") e l'individuazione dell'età al di sopra della quale non si configurasse il crimine (diverse delegazioni ed organizzazioni non governative avevano tentato senza successo di innalzarla a 18 anni)[64].

Due anni dopo l'adozione dello Statuto di Roma, il 25 maggio 2000 l'Assemblea Generale ONU ha approvato il Protocollo Opzionale alla Convenzione sui diritti dell'infanzia sul coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati ("Protocollo")[65]. Tra le altre cose, il Protocollo dispone che gli Stati parti adottino ogni misura possibile per vigilare che i membri delle loro forze armate di età inferiore a 18 anni non partecipino direttamente alle ostilità (Articolo 1); che essi vigilino affinché le persone di età inferiore a 18 anni non siano oggetto di un arruolamento obbligatorio nelle loro forze armate (Articolo 2); e che essi adottino tutte le misure possibili per impedire l'arruolamento e l'utilizzazione di minori di 18 anni da parte di gruppi armati non statali, in particolare provvedimenti a carattere giuridico per vietare e sanzionare penalmente tali prassi (Articolo 4). L'Italia ha ratificato il Protocollo il 9 maggio 2002, a tre

[63] Le Regole 136 e 137 dello Studio del Comitato internazionale della Croce Rossa sul diritto umanitario consuetudinario (v. J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK (a cura di), *International Committee of the Red Cross Customary International Humanitarian Law – Volume 1 (Rules)*, Cambridge/New York, 2005, pp. 482-488).

[64] Sulle negoziazioni degli articoli in esame, si veda, tra gli altri: M. COTTIER, J. GRIGNON, "Paragraph 2(b)(xxvi): Conscription or enlistment of children and their participation in hostilities", in *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, cit., pp. 520-522.

[65] Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution no. A/RES/54/263 of 25 May 2000, entered into force on 12 February 2002, Volume 2173, p. 222 - C.N.1031.2000 TREATIES-82.

mesi dalla sua entrata in vigore (il 12 febbraio dello stesso anno). A distanza di quasi 10 anni dall'adesione al Protocollo, tuttavia, il Comitato ONU sui Diritti dell'Infanzia ha lamentato che l'Italia non lo ha ancora implementato, e raccomandato che il legislatore provveda, tra le altre cose, a inserire nel codice penale una norma che proibisca il reclutamento e l'utilizzo, da parte di forze e gruppi armati, di individui al di sotto di 18 anni di età in conflitti armati[66]. Analoga raccomandazione è stata fatta dal Comitato al nostro Paese a luglio 2018, al termine della sua 80esima sessione[67].

Cosa succederebbe nel caso in cui la Corte trasmettesse all'Italia una richiesta di arresto e consegna di un individuo nei cui confronti sia stato emesso un mandato d'arresto in relazione alla commissione del crimine di arruolamento di bambini soldato?

Accertata la validità del provvedimento emesso dalla Corte e l'identità della persona oggetto della procedura di consegna, la Corte d'appello di Roma sarebbe chiamata a verificare, ai sensi degli articoli 1 e 13, comma 3, lettera c) della legge 237 del 2012, che la richiesta non contenga disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato. In concreto, e tenuto conto di quanto osservato nella sezione precedente, il giudice dovrà in primo luogo accertare la validità del fondamento dell'arresto ai sensi dell'articolo 13 della Costituzione – ovvero che esista sul piano statale una norma che giustifichi l'arresto e la consegna di quell'individuo alla Corte.

Nel caso in cui l'individuo sia accusato di aver commesso il crimine di arruolamento di bambini soldato, la prima questione da risolvere concerne la perseguibilità di quella condotta sul piano interno. Come chiarito dagli Elements of crimes dello Statuto di Roma, questa consiste nell'arruolamento o reclutamento, nell'ambito di un conflitto armato, di uno o più minori di 15 anni in un gruppo armato allo scopo di farli partecipare attivamente alle ostilità[68]. Come denunciato dal Comitato ONU

[66] UN Convention on the Rights of the Child, "Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention" (CRC/C/ITA/CO/3-4), Fifty-eighth session of the Committee on the Rights of the Child (19 September-7 October 2011), 31 ottobre 2011, parr. 70-72.

[67] UN Convention on the Rights of the Child, "Consideration of reports of States parties" (CRC/C/ITA/Q/5-6), Eightieth session of the Committee on the Rights of the Child (14 January–1 February 2019), 3 luglio 2018, par. 14. In effetti, l'unica misura approntata dal legislatore italiano è ad oggi l'innalzamento dell'età minima per il reclutamento nelle forze armate a 18 anni, disposta dall'articolo 4 della legge n. 226 del 23 agosto 2004 (mediante cui era stato stabilito che dal gennaio 2005 l'arruolamento sarebbe avvenuto su base volontaria).

[68] V. Elements of crimes, Articoli 8(2)(b)(xxvi) e 8(2)(e)(vii).

sui Diritti dell'Infanzia, né il Codice penale militare di guerra, né il codice penale proibiscono una condotta caratterizzata da elementi a questi assimilabili. Considerato poi che la fattispecie in questione è stata inserita, nel corso degli anni, in tutti quei progetti di legge che contenevano norme sull'adeguamento alla "parte sostanziale" dello Statuto, citati nella Sezione 2[69], sembra al momento difficilmente ipotizzabile che il giudice della Corte d'appello di Roma pervenga a diversa conclusione. Sebbene in linea teorica il giudice potrebbe ritenere sufficiente che "a prescindere dalla qualificazione giuridica", la condotta proibita sia "penalmente rilevante in entrambi gli ordinamenti"[70], la specificità della condotta in esame rende questa soluzione difficilmente praticabile.

In secondo luogo, come già evidenziato nella sezione precedente, al giudice interno sarebbe a mio avviso preclusa la facoltà di invocare la natura consuetudinaria della disposizione dello Statuto[71], poiché ciò non consentirebbe di considerare l'arresto del sospettato compatibile con il principio della riserva di legge di cui all'articolo 25 della Costituzione. Dal momento che sia le norme dello Statuto di Roma, sia quelle analoghe contenute in altri strumenti internazionali (tra gli altri, lo Statuto della "Special Court for Sierra Leone"[72]) si limitano a vietare l'arruolamento di minori di 15 anni, senza precisare a quale pena debba soggiacere chi vìoli tale comando, l'applicazione di una norma consuetudinaria avente il medesimo contenuto confliggerebbe inoltre con il principio di legalità e i suoi corollari di determinatezza e tassatività.

[69] V. Proposta di legge n. 2724 (Kessler, Violante e altri), Articolo 77; Disegno di legge n. 1638 (Iovene e altri), Articolo 76; Proposta di legge n. 1695 (Gozi, Zaccaria, Ferranti), Articolo 76; Disegno di legge n. 1112 (Maritati, Marcenaro), Articolo 76; Disegno di legge n. 2445 (Bernardini, Mecacci e altri), Articolo 76; Disegno di legge n. 1904 (Perduca, Poretti), Articolo 76. Nello specifico, il contenuto degli articoli citati era identico, e comportava che il reato di "uso o arruolamento di minori in operazioni militari" fosse punito con la reclusione da 7 a 12 anni.

[70] V. E. GUARDUCCI, C. TUCCIARELLI, "Il parziale adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale nella legge n. 237 del 2012", cit., p. 22.

[71] Riconosciuto espressamente nello studio sul diritto internazionale umanitario consuetudinario (v. J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK (a cura di), *Customary International Humanitarian Law. Volume I – Rules*, Cambridge/New York, 2005, *Rule 136*, pp. 482-485).

[72] Cfr. *Statute of the Special Court, annexed to the Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone*, firmato il 16 gennaio 2002.

Per questi motivi, ritengo che laddove si trovasse a decidere circa l'arresto di un individuo sospettato di aver commesso il crimine di arruolamento di bambini soldato, il giudice della Corte d'appello di Roma finirebbe molto probabilmente per rigettare tale richiesta, ai sensi degli articoli 1 e 13, comma 3, lettera c) della legge 237 del 2012, per contrasto con il principio di legalità e con i suoi corollari di determinatezza e tassatività. Di conseguenza, il nostro Paese potrebbe essere riconosciuto responsabile di una violazione dell'obbligo di cooperazione di cui all'articolo 86 dello Statuto, ed eventualmente "deferito" all'Assemblea degli Stati Parti o al Consiglio di sicurezza dell'ONU ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 7 dello Statuto.

7. Conclusione

Nel dicembre 2012, a distanza di quasi quindici anni dall'adozione dello Statuto di Roma, il Parlamento italiano ha finalmente approvato la legge numero 237 del 2012 di adeguamento dell'ordinamento interno alle previsioni dello Statuto. Sorprendentemente, poco prima dell'approvazione del disegno di legge da parte della Camera il legislatore aveva deciso di stralciare tutte le disposizioni riguardanti l'adattamento alle norme della parte sostanziale dello Statuto. Alla base di questa scelta vi era l'opinione che l'escalation della crisi libica ponesse l'Italia in una situazione critica, poiché a causa dell'assenza di meccanismi per la consegna di un individuo destinatario di un mandato d'arresto, Muammar Gheddafi avrebbe potuto stabilirsi in Italia senza correre il rischio di essere consegnato alla Corte penale internazionale.

Come evidenziato nella prima parte di questo contributo, l'unico obbligo giuridico derivante dalla ratifica dello Statuto di Roma è in effetti un obbligo di risultato, consistente nell'approntare meccanismi interni tali da garantire la cooperazione delle autorità dello Stato parte con la Corte. Per quanto concerne le richieste di (arresto e) consegna di un individuo destinatario di mandato d'arresto, lo Statuto si limita a richiedere che esista una procedura finalizzata al trasferimento di quell'individuo. Se dal punto di vista teorico la legge 237 del 2012 sembra fornire alle autorità italiane strumenti adeguati ad eseguire le richieste di cooperazione della Corte (e dunque eseguire l'obbligo di cooperazione), alcune difficoltà potrebbero sorgere a causa della particolare procedura che informa la consegna di individui destinatari di mandato d'arresto. È proprio su questa procedura che ho deciso di concentrarmi. In particolare, l'articolo 13, comma 3 della legge 237/2012 stabilisce che il giudice

competente (la Corte d'appello di Roma) può negare la consegna, tra gli altri, nel caso in cui la richiesta contenga disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

L'ipotesi che ho qui formulato è che, qualora la CPI richieda la consegna di un individuo accusato della violazione di una norma statutaria che non sia stata introdotta nell'ordinamento italiano, dall'esecuzione della richiesta potrebbe in effetti derivare una violazione di un principio fondamentale: e in particolare, del principio di legalità di cui all'articolo 13 della Costituzione e dei suoi corollari di determinatezza e tassatività delle fattispecie penali. Motivo per cui la Corte d'appello di Roma potrebbe negare il trasferimento di quell'individuo. In primo luogo, ritengo che sia da rigettare la soluzione proposta da alcuni osservatori, secondo cui in tali circostanze il giudice potrebbe ricorrere alla tesi della "equivalenza" delle fattispecie, in base a cui sarebbe lecito procedere alla consegna qualora la condotta proibita dallo Statuto sia "penalmente rilevante" per l'ordinamento nazionale. A questo proposito, occorre infatti tenere presente che non tutti i crimini internazionali elencati nello Statuto di Roma trovano un "equivalente" nel nostro ordinamento. È del pari da scartare la soluzione consistente nel ricorrere all'articolo 10 della Costituzione, per il tramite del quale le norme della parte sostanziale dello Statuto sarebbero automaticamente integrate nell'ordinamento interno. Tale soluzione troverebbe a mio avviso due obiezioni: il generale divieto di "consuetudine innovatrice" in materia penale, su cui si è espressa unanime dottrina; e il carattere "non self-executing" delle norme dello Statuto, che ne impone la riformulazione sul piano statale.

Tra le norme che il legislatore dovrebbe riformulare è compreso il crimine di arruolamento di bambini soldato, di cui agli articoli 8, paragrafo 2, lettera (b) (xxvi), e all'articolo 8, paragrafo 2, lettera (e) (vii) dello Statuto di Roma. La condotta proibita da queste due disposizioni non è infatti "penalmente rilevante" nell'ordinamento italiano – come più volte denunciato dal Comitato ONU sui Diritti dell'Infanzia. In caso la Corte inoltrasse alle autorità statali una richiesta di consegna di un individuo accusato della commissione del suddetto crimine, il giudice della Corte d'appello di Roma potrebbe perciò vedersi costretto a rifiutare la consegna dal momento che l'arresto di quell'individuo costituirebbe una violazione del principio di legalità di cui all'articolo 13 della Costituzione. Per quanto possa apparire poco verosimile, l'ipotesi che un individuo accusato di aver commesso il crimine di guerra di arruolamento di bambini soldato si rifugi in Italia non è a mio avviso peregrina, specie ove si consideri la frequenza con cui questo crimine è stato contestato dalla Corte penale internazionale. Il reato di arruolamento di bambini soldato

è peraltro solo una delle fattispecie che il legislatore non ha ancora provveduto a incorporare nell'ordinamento statale, nonostante queste siano state inserite in diversi progetti e disegni di legge discussi prima dell'approvazione della legge 237 del 2012 e questa attività ritenuta necessaria dallo stesso relatore della legge[73].

Sulla scorta di queste considerazioni, due sono a mio avviso le strade percorribili: individuare tutte quelle fattispecie che non siano previste come reato sul piano interno e inserirle in una legge da approvare in tempi brevi, in modo da evitare che il giudice della Corte d'appello di Roma si veda costretto a rigettare una richiesta di cooperazione (col rischio di dar luogo a una violazione dello Statuto di Roma, e il deferimento dell'Italia all'Assemblea degli Stati parti o al CdS ONU); o (preferibilmente) concentrare gli sforzi sull'approvazione di un progetto più organico, contenente un vero e proprio "codice di diritto internazionale penale" (composto di una parte generale e una parte sostanziale), che consenta di adeguare *pienamente* l'ordinamento statale allo Statuto di Roma. Se nel 2011 si ritenne il rischio di non poter consegnare alla Corte il colonnello Muammar Gheddafi sufficiente a giustificare l'approvazione in tempi brevi di un provvedimento "monco" come la legge 237/2012, mi sembra altrettanto urgente evitare che il Paese possa essere utilizzato come "porto franco" da individui sospettati della commissione di gravi crimini internazionali.

[73] Cfr. Seduta del 27 aprile 2011, cit., p. 43 (laddove l'Onorevole ROBERTO RAO affermava che la Commissione incaricata si era ripromessa "di individuare quei reati di competenza della Corte che necessitano di essere introdotti specificamente anche nel nostro ordinamento, al fine di colmare eventuali lacune (…).").

PARTE TERZA

IL GIUDICE INTERNO E L'INTERPRETAZIONE DELLE NORME DI DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

Presidenza

Ugo Villani

IL PRINCIPIO DI CONFORMITÀ NELL'INTERPRETAZIONE DELLE NORME DI DIRITTO INTERNAZIONALE GENERALE DA PARTE DEL GIUDICE INTERNO

Alessandra GIANELLI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Corte costituzionale e il principio di conformità nell'interpretazione delle norme di diritto internazionale generale. – 3. Principio di conformità e interpretazione conforme. – 4. Modalità seguite dagli ordinamenti interni per assicurare l'interpretazione sistemica delle norme internazionali. – 5. Il ruolo delle corti internazionali e della giurisprudenza statale nell'identificazione del diritto internazionale generale.

1. Premessa

Al par. 3.1 della nota sentenza n. 238 del 2014, la Corte costituzionale italiana ha evocato il principio di conformità. Con questa espressione, la Corte ha affermato l'esigenza di interpretare la norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione nel senso fatto proprio dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Jurisdictional Immunities of the State*[1]. Secondo la Corte costituzionale, il principio di conformità richiede "l'osservanza dell'interpretazione [della norma internazionale] che ne è data nell'ordinamento di origine"[2]. La Corte Costituzionale ha proseguito sostenendo che "l'interpretazione da parte della Corte internazionale di giustizia … è un'interpretazione particolarmente qualificata, che non consente un sindacato da parte di amministrazioni e/o giudici nazionali, ivi compresa questa Corte". Il giudice delle leggi ha poi aggiunto che l'evoluzione del contenuto della norma internazionale, nel senso di limitare l'immunità dello Stato agli atti *iure imperii*, è "stata provocata dalla giurisprudenza dei giudici nazionali, ai quali è naturale spetti la valutazione del rispettivo titolo di competenza,

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università di Teramo.

[1] Sentenza del 3 febbraio 2012, *International Court of Justice Reports*, 2012, p. 99 ss., reperibile nel sito www.icj-cij.org

[2] La sentenza della Corte Costituzionale, come tutte le altre citate nel testo, è reperibile nel sito www.cortecostituzionale.it

lasciando agli organi internazionali la ricognizione della prassi ai fini della rilevazione delle norme consuetudinarie e della loro evoluzione"[3].

Oggetto del presente breve contributo è individuare la natura del principio di conformità invocato dalla Corte costituzionale, per comprendere quali siano le conseguenze ad esso collegate e quale incidenza esso abbia sul rapporto tra diritto interno e diritto internazionale. Nello spirito del XXIV Convegno annuale della SIDI, le valutazioni verranno compiute cercando di mantenere un ideale dialogo con l'impostazione dualista classica di Dionisio Anzilotti.

2. La Corte costituzionale e il principio di conformità nell'interpretazione delle norme di diritto internazionale generale

Non è il caso di ripercorrere in dettaglio l'iter argomentativo seguito dalla Corte costituzionale, né di soffermarsi sul vivacissimo dibattito che la pronuncia ha suscitato in dottrina. Per quanto qui rilevante, solo due sono gli aspetti della sentenza n. 238 da ricordare. In primo luogo, la Corte qualifica la norma internazionale consuetudinaria quale norma *esterna* all'ordinamento italiano. Questa valutazione è del tutto conforme ad una prospettiva dualista, che trova il suo fondamento nella separazione degli ordinamenti giuridici statali ed internazionale. Tuttavia, la Corte si esprime in modo tale da far ritenere che ove il giudice dovesse, in ossequio all'art. 10, 1° comma della Costituzione, dare applicazione alle norme rilevanti, queste continuerebbero a rimanere esterne. Il presupposto di tale soluzione risiede nella considerazione che il meccanismo del rinvio introduce nell'ordinamento statale la norma esterna in quanto tale[4]. Diversa era stata la prospettiva della sentenza n. 48 del 1979, ove la Corte aveva invece considerato oggetto del suo esame la "norma interna di adeguamento alla consuetudine internazionale generale"[5].

L'impostazione accolta nella sentenza n. 238 trova un antecedente nella sentenza n. 73 del 2001[6], che pure tratta dell'ingresso delle norme di diritto internazionale nel nostro ordinamento *ex* art. 10, 1° comma Cost., nonché dei suoi limiti, peraltro solo evocati in quella circostanza.

[3] Ivi, par. 3.3 della parte Considerato in diritto.

[4] Del resto, il giudice relatore Tesauro aveva in precedenza chiaramente affermato che in virtù dell'art. 10, 1° comma, le norme internazionali generali "rimangono esterne": "Costituzione e norme esterne", in *Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 195 ss., p. 202 e nota 16.

[5] Par. 3 della parte Considerato in diritto.

[6] Par. 3.1 della parte Considerato in diritto.

Non dissimile è l'approccio presente nelle c.d. sentenze gemelle del 2007; nella sentenza n. 349, in particolare, si compie un parallelo esplicito con le norme di diritto internazionale privato.[7] Nella giurisprudenza successiva alla sentenza n. 238, evoca il "rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti", con riguardo all'art. 117, 1° comma e alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU), la sentenza n. 311 del 2009[8]; analogamente si esprime la sentenza n. 49 del 2015, sempre a proposito della CEDU[9].

Tale impostazione è assai diversa da quella sostenuta in sede di Assemblea costituente da Tomaso Perassi, secondo il quale l'art. 10, 1° comma, costituiva un meccanismo di trasformazione della norma internazionale generale in norma statale[10]. In precedenza, già Dionisio Anzilotti aveva affermato che il giudice interno anche in presenza del rinvio applica sempre e comunque norme statali, pur se internazionalmente imposte o permesse[11]. Secondo Anzilotti, "il rinvio al diritto internazionale è una vera e propria creazione di norme giuridiche"[12]. Sulla base di questa impostazione, Morelli aveva precisato che, in quanto norma sulla produzione giuridica, l'art. 10, 1° comma, della Costituzione comporta un duplice rinvio non recettizio dell'ordinamento interno al diritto internazionale[13]. Da parte sua, e pur distanziandosi dal dualismo classico, an-

[7] Par. 6.2 della sentenza n. 349 del 2007. La derivazione logica del concetto di rinvio mobile dal diritto internazionale privato è chiaramente affermata in G. BARILE, *Costituzione e rinvio mobile*, Padova, 1987, p. 10 ss.

[8] Par. 6 della parte Considerato in diritto; relatore era il giudice Tesauro, come nella sentenza n. 349 del 2007.

[9] Par. 4 della parte Considerato in diritto. In altre sentenze, aventi ad oggetto ancora questioni di legittimità costituzionale alla luce dell'art. 117, 1° comma, la Corte si riferisce alla CEDU semplicemente come norma interposta, oltre che quale parametro convenzionale del giudizio: cfr., per es., sent. n. 25 del 2019, par. 7 ss., 10 ss.

[10] Seduta del 24 gennaio 1947, Commissione per la Costituzione, Esame degli articoli delle disposizioni generali del progetto di Costituzione, interventi di T. Perassi, ora disponibile su www.nascitacostituzione.it, ed inoltre T. PERASSI, *La Costituzione e l'ordinamento internazionale*, Milano, 1952, p. 20 ss., ove egli identifica l'art. 10, 1° comma, quale "norma di produzione giuridica di un tipo speciale" nonché "norma dii produzione automatica di norme interne" (p. 22).

[11] D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905, p. 78 ss. e *passim*.

[12] Ivi, p. 101. Nella dottrina costituzionalistica recente, si veda in particolare A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*[4], Torino, 2018, p. 179 ss., in un senso che alla scrivente appare forse diverso da quanto dallo stesso Autore sostenuto, in relazione tuttavia all'ordine di esecuzione ed ai trattati, in "Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali", in *Giurisprudenza costituzionale*, 1967, p. 605.

[13] G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*[7], Padova, 1967, pp. 95-97.

che Quadri condivideva la concezione del diritto internazionale come fatto produttivo di norme giuridiche per i fini del diritto interno e la necessità della sua trasformazione in norme statali affinché il giudice lo potesse applicare. In questo quadro, a suo parere, il rinvio poteva essere solo fisso o mobile[14].

La tesi secondo cui il procedimento speciale di adattamento, consistente nel rinvio, permetterebbe alla norma internazionale di essere applicata in quanto tale nel sistema statale non è certo nuova, oltre che in giurisprudenza, neppure nel dibattito dottrinale italiano. Con l'espressione rinvio mobile[15], un'autorevole parte degli studiosi indica, infatti, una tecnica interpretativa della norma internazionale alla luce del sistema di diritto in cui viene in essere, che permette la sua "diretta applicabilità" nell'ordinamento interno[16]. Oltre all'ordine di esecuzione, anche l'art. 10, 1° comma, della Costituzione, sarebbe, secondo questa visione, del tutto rispondente a tale logica. Sempre secondo questa logica, "l'approccio della Corte [nella sentenza n. 238] è uno sviluppo coerente della dottrina del rinvio mobile, che impone di applicare la norma di ori-

[14] R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*[5], 1968, Napoli, p. 56 ss., p. 59 ss. Quadri precisava che queste osservazioni si applicavano solo a quei sistemi giuridici statali "che si caratterizzano per il c.d. rapporto di dipendenza totale del giudice dalla legge" (ivi, p. 56), al contrario di quanto sarebbe avvenuto nei Paesi di *common law*. Per un'accurata ricostruzione del dibattito dottrinale sulla configurazione dei procedimenti speciali di adattamento del diritto interno al diritto internazionale (in particolare, dell'ordine di esecuzione dei trattati) quali procedimenti *di* produzione giuridica o *sulla* produzione giuridica, si veda E. CANNIZZARO, voce "Trattato (adattamento al)", in *Enciclopedia giuridica*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 1394 ss., p. 1403 ss.

[15] Già avanzata da Santi Romano: sul punto F. SALERNO, voce "Adattamento [dir.int.]", in *Diritto on-line*, 2013, disponibile su http://www.treccani.it/enciclopedia/adattamento-dir-int_%28Diritto-on-line%29/ , par. 2.

[16] F. SALERNO, *Diritto internazionale*[4], Milano, 2017, p. 422 ss., nonché "Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno", in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 340 ss., p. 358, sulla scorta di (tra le sue diverse opere) G. BARILE, *Costituzione e rinvio mobile*, cit., p. 55 ss.; *Lezioni di diritto internazionale*[2], Padova, 1983, p. 233 ss. In questo senso sembra anche P. IVALDI, "L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale", in *Istituzioni di diritto internazionale*[3] (a cura di Carbone *et al*), Torino, 2006, p. 137. Per la visione secondo cui il giudice italiano applica, in virtù dell'ordine di esecuzione, i trattati in quanto tali, cfr. soprattutto l'analisi condotta da L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali*, Padova, 1974. Sulla possibile diversità di trattamento delle norme internazionali generali e di quelle pattizie, in relazione ai rispettivi procedimenti di adattamento speciali, vedi però sempre F. SALERNO, "Il neo-dualismo della Corte costituzionale" cit., p. 356 ss.

gine estranea quale essa è nel suo ordinamento di origine, sempre che non siano compromessi i valori fondamentali dello Stato"[17]

Quale che sia il ruolo del rinvio, creatore oppure no di norme interne, le diverse opinioni sembrano concordare sull'esigenza che la norma internazionale debba innanzitutto (ed esclusivamente, per la maggior parte di coloro che fanno ricorso alla nozione del rinvio mobile; o solo inizialmente, per i dualisti più coerenti) trovare il proprio significato e la propria portata nel diritto internazionale[18]. Il secondo aspetto della sentenza n. 238 del 2014 che qui si sottolinea è che la Corte Costituzionale invoca il principio di conformità proprio per ricavarne l'obbligo del giudice statale di applicare la norma nel significato che essa assume nell'ordinamento *esterno*.

Sull'esistenza di un tale obbligo, non si può che concordare. Esso è solo una specificazione dell'obbligo di rispettare il diritto internazionale[19], derivante nell'ordinamento italiano dall'apertura a tale sistema della nostra Costituzione. Né la sentenza n. 238 costituisce la prima occasione in cui la Corte costituzionale ha avuto modo di farvi richiamo[20].

È tuttavia interessante fare qui un confronto tra il contenuto dell'obbligo emergente in questa sentenza, e quanto la Corte ha ricordato in altre occasioni. La Corte costituzionale ha ritenuto la presenza di un organo giudiziario dotato della competenza a pronunciarsi sull'interpretazione ed applicazione di un trattato un elemento decisivo ai fini dell'interpretazione di quell'accordo, dovendo il giudice interno tener conto della relativa giurisprudenza[21]. La Corte costituzionale si è pro-

[17] F. SALERNO, "Giustizia costituzionale *versus* giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto", in *Quaderni costituzionali*, 2015, n. 1, p. 33 ss., citazione tratta da p. 36; cfr. anche p. 46. In senso analogo L. GRADONI, "Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana", in *Quaderni SidiBlog*, 2014, p. 206 ss., disponibile su www.sidi-isil.org,

[18] D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 157; G. BARILE, *Lezioni di diritto internazionale*[2], cit., pp. 246-247 (con riguardo all'ordine di esecuzione dei trattati).

[19] È molto chiaro in tal senso il *General Comment* n. 9 del Comitato delle Nazioni Unite sul diritti economici, sociali e culturali (E/C.12/1998/24), par. 15: "It is generally accepted that domestic law should be interpreted as far as possible in a way which conforms to a State's international legal obligations. Thus, when a domestic decision maker is faced with a choice between an interpretation of domestic law that would place the state in breach of the Covenant and one that would enable the State to comply with the Covenant, international law requires the choice of the latter"..

[20] Tra le molte, ord. 4 luglio 2002 n. 315, p. 796 ss., con riguardo alle norme interpretative dei trattati contenuti nella Convenzione di Vienna. Sul punto ampiamente F. SALERNO, "Il neo-dualismo della Corte costituzionale", cit., p. 363 ss.

[21] Sentenza n. 348 del 2007, par. 4.6 della parte Considerato in diritto.

nunciata in questo senso, in particolare, a proposito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, con riguardo all'interpretazione da essa fornita della CEDU. A questo proposito, peraltro, la Corte costituzionale appare ondeggiare tra l'attribuire valore vincolante, per il giudice interno, a quell'interpretazione in ogni caso[22]; oppure solo in presenza di determinati criteri, quali una giurisprudenza consolidata, una pronuncia della Grande Camera o una sentenza che concerna la fattispecie su cui il giudice ordinario è chiamato a pronunciarsi nuovamente[23].

Nella sentenza n. 238, invece, la Corte ha sostenuto che l'interpretazione della Corte internazionale di giustizia debba ritenersi vincolante per il giudice italiano, in virtù della sola autorevolezza della Corte internazionale quale interprete del diritto internazionale. La giurisprudenza della Corte internazionale è ritenuta decisiva senza qualificazioni, ma, anzi, a prescindere dall'obbligo dello Stato parte del procedimento di eseguire la sentenza resa nella controversia di cui è parte[24].

3. Principio di conformità e interpretazione conforme

Il principio di conformità di cui parla la Corte costituzionale non va confuso con il criterio dell'interpretazione conforme. Questo ha, nel diritto internazionale ed insieme nel diritto interno, un contenuto diverso, seppure collegato al primo. L'obbligo di interpretazione conforme impone di interpretare il diritto statale, in apparente conflitto con il diritto internazionale, in maniera conforme a quest'ultimo. Il fine, evidente, è quello di evitare la commissione di illeciti internazionali. Si tratta di ca-

[22] Sentenza n. 311 del 2009, par. 6 della parte Considerato in diritto. In precedenza nella giurisprudenza italiana, e sempre con riferimento alla CEDU, si segnalano Cassazione, Sezioni Unite, sentenze del 26 gennaio 2004 da n. 1338 a 1341, in *Foro italiano*, 2004, I, col. 693 ss.

[23] Sentenza n. 49 del 2015, par. 7 della parte Considerato in diritto, relatore il giudice Lattanzi. Cfr. S. SONELLI, "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali nella giurisprudenza *trial and error* della Corte costituzionale", in *Rivista di diritto internazionale,* 2015, p. 1155 ss.; I. RIVERA, "L'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e i 'controlimiti' del diritto convenzionale vivente", in *Federalismi.it*, 14 ottobre 2015, ai quali si rimanda per ampi riferimenti alla dottrina che ha commentato questa decisione.

[24] L'obbligo gravante sull'Italia di dare esecuzione alla sentenza della Corte internazionale di giustizia è riportato, dal giudice remittente e dalla Corte, all'art. 11 della Costituzione; questo profilo viene esaminato in maniera distinta nella sentenza n. 238, al par. 4 – portando alla dichiarazione di illegittimità dell'ordine di esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite nella parte in cui obbliga l'Italia all'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia.

none di interpretazione delle norme statali piuttosto risalente. Ne troviamo un'espressione nella sentenza *Charming Betsy* della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1804[25]. Anzilotti, nel suo scritto di un secolo dopo, ritiene che sul punto vi fosse il consenso unanime della giurisprudenza e della dottrina[26]. La Corte costituzionale, da parte sua, lo ha sempre ribadito[27].

Più in generale, l'interpretazione conforme è uno strumento di risoluzione di apparenti antinomie, noto anche al diritto statale; esso richiede di attribuire ad una norma di rango inferiore il significato più consono al rispetto di una norma di rango superiore[28]. Analogamente, nel diritto dell'Unione Europea la Corte di giustizia richiede di interpretare la norma statale conformemente al diritto sovranazionale[29]. Due sono dunque le norme rilevanti: una norma-parametro ed una norma-oggetto del processo di interpretazione[30]. Nei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, l'interpretazione conforme richiede che la norma-oggetto (di diritto statale) vada interpretata alla luce della norma-parametro (di diritto internazionale)[31]. In quanto strumento che assicura il rispetto del diritto internazionale nel separato e distinto ordinamento interno, un rapporto gerarchico tra la norma internazionale e la norma statale di esecuzione non è perciò, in senso proprio, individuabile[32].

[25] Cfr. la nota (senza autore) "The *Charming Betsy* Canon, Separation of Powers and Customary International Law", in *Harvard Law Review*, 2007-2008, p. 1215 ss.

[26] D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 223.

[27] Cfr. ancora F. SALERNO, *op. ult. cit.*, p. 366 ss. Argomenta a favore della formazione di una regola consuetudinaria internazionale sull'obbligo di interpretazione conforme D.T. BJÖRGVINSSON, *The Intersection of International Law and Domestic Law*, Cheltenham, 2015, p. 104 ss.

[28] Per una visione diversa, cfr. A. RUGGERI, "Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme", in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative* (a cura di D'Amico, Randazzo), Torino, 2009, p. 388 ss., e www.forumcostituzionale.it ; Id., "L'interpretazione conforme e la ricerca del 'sistema di sistemi' come problema", in www.rivistaaic.it, 2/2014.

[29] Sentenza *Marleasing*, Corte di giustizia, 13 novembre 1990, causa C-106/89; A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015.

[30] E. CANNIZZARO, "Interpretazione conforme tra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi", in *L'interpretazione conforme*, cit., p. 3 ss.

[31] La Corte costituzionale richiama il "parametro convenzionale": cfr., *ex multis*, *supra*, nota 9.

[32] Rinvenivano tuttavia diversi elementi comuni nell'applicazione del criterio dell'interpretazione conforme del diritto interno al diritto comunitario e al diritto internazionale G. BETLEM, A. NOLLKAEMPER, "Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation", in *European Journal of International Law*, 2003, p. 569 ss.

Il c.d. principio di conformità di cui alla sentenza n. 238 è nozione diversa. La Corte richiede che la norma consuetudinaria internazionale sia interpretata nel quadro del diritto internazionale. Anche per evitare fraintendimenti, questa operazione potrebbe più utilmente ricondursi, piuttosto che ad una conformità, al criterio dell'interpretazione sistemica[33]: la norma andrà interpretata alla luce delle altre norme internazionali, in primo luogo consuetudinarie, e, in caso di norme pattizie, seguendo i criteri codificati agli articoli 31 e seguenti della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Portando la concezione del rinvio mobile alle sue conseguenze, un distinto obbligo di conformità non dovrebbe neanche sorgere rispetto alla norma internazionale, perché essa andrebbe comunque e solo interpretata alla luce del diritto internazionale. L'obbligo di conformità riguarderebbe le norme statali.

La più coerente impostazione dualista comporta invece un noto dilemma. Una volta identificato il contenuto della norma consuetudinaria internazionale, ed operata la trasformazione in norma statale, si tratta di capire se quest'ultima può, a sua volta, essere nuovamente interpretata alla luce del diritto interno.

È proprio per rispondere a questo dilemma che si è originariamente individuato il criterio dell'interpretazione della norma interna conformemente alla norma internazionale. Nelle parole di Anzilotti, il giudice statale di fronte alla legge interna "può e deve tener conto del rapporto con cui si trova col diritto internazionale allorché ne ricerca la giusta interpretazione, perché è quasi impossibile che a determinare il contenuto d'una legge interessante i rapporti internazionali non abbia concorso la considerazione dei diritti e dei doveri dello stato relativi a detti rapporti … questo criterio, che trova la sua giustificazione in considerazioni d'una ragionevolezza evidente, riduce nei più stretti limiti i pericoli e gl'inconvenienti, che posson derivare dall'applicazione giudiziaria del diritto interno interessante le relazioni internazionali"[34].

[33] Nel senso esposto, ad es., da E. CANNIZZARO, *Interpretazione conforme*, cit., pp. 4-5, il quale pone anche in evidenza come un obbligo di interpretazione conforme possa oggi darsi all'interno del diritto internazionale con riguardo alle norme cogenti: ivi, p. 7, anche per un esempio in tal senso. In effetti, nella sentenza *Ferrini* la Corte di Cassazione aveva proceduto a questo tipo di valutazione, considerando la misura in cui la norma sull'immunità dello Stato estero dalla giurisdizione era applicabile alla luce del divieto inderogabile di commettere crimini di guerra. La sentenza *Ferrini* è pubblicata in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 539 ss.

[34] D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 226.

Con riguardo al diritto internazionale generale[35], si potrebbe cercare di approfondire la distinzione tra identificazione ed interpretazione, distinzione sottile ma presente anche per le norme consuetudinarie. Si tratta di questione che la Commissione del diritto internazionale non ha voluto affrontare nel suo recente lavoro di codificazione sul tema dell'identificazione del diritto consuetudinario. Esso è tuttavia ben presente nella prassi giurisprudenziale della stessa Corte internazionale, e non solo nella sentenza sull'*Immunità giurisdizionale dello Stato*[36]. Per semplicità, si fa qui riferimento ad un'unica operazione da parte dell'interprete, la rilevazione del diritto consuetudinario [37].

4. Modalità seguite dagli ordinamenti interni per assicurare l'interpretazione sistemica delle norme internazionali

La determinazione del contenuto delle norme internazionali consuetudinarie quando esse siano, a vario titolo, rilevanti nei giudizi interni non è un problema solo italiano. Per indagare il fondamento e la natura dell'obbligo affermato dalla Corte Costituzionale è opportuno richiamare molto sinteticamente la prassi concernente i modi in cui il giudice statale cerca di arrivare alla rilevazione del contenuto della norma internazionale e in particolare consuetudinaria.

Diverse sono le modalità con cui gli ordinamenti interni provvedono a questa esigenza. In Germania, il controllo normativo del *Bundesverfassungsgericht* (BVG) comprende, secondo l'art. 100, par. 2, della Legge fondamentale, la competenza a pronunciarsi, su rinvio da parte del giudice, sui dubbi che questi abbia "se una regola di diritto internazionale costituisca parte integrante del diritto federale e se essa produca immediatamente diritti e doveri per i singoli" (c.d. procedura di verifica). La giurisprudenza del BVG include in tale competenza l'interpretazione e l'ambito di applicazione di norme consuetudinarie. Il giudice di merito ha l'obbligo di chiedere la pronuncia della Corte se, tra l'altro, ritiene che la sua decisione potrebbe divergere da quella di organi costituziona-

[35] Si usa qui il termine "generale" come sinonimo di consuetudinario, anche se oggi questa coincidenza non risponde più probabilmente alla realtà, a fronte delle diverse categorie di norme internazionali non scritte.

[36] Cfr. R. DI MARCO, "Customary International Law: A Foreword to Identification v. Interpretation", in *The Theory and Philosophy of Customary International Law and Its Interpretation* (a cura di Merkouris, Kammerhoffer, Arajärvi), in corso di stampa.

[37] L'espressione "rilevazione" è cara alla dottrina che concepisce il diritto internazionale consuetudinario quale diritto spontaneo; essa è usata in queste osservazioni senza che ciò implichi l'accettazione di tale impostazione.

li, dalle decisioni di corti internazionali o di tribunali di grado superiore tedesche o straniere, oppure dalla dottrina più autorevole di diritto internazionale. La Corte costituzionale federale dà un rilievo particolare alla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia; in qualche caso ha affermato l'obbligo di seguire quella giurisprudenza[38].

Vi è, dunque, una competenza accentrata circa la determinazione del contenuto della norma internazionale. Il fine della procedura, come affermato chiaramente dal BVG, è quello di prevenire violazioni del diritto internazionale dovuti ad un'applicazione erronea del diritto internazionale, nonché di assicurare l'uniformità e affidabilità delle norme internazionali nei vari *Länder*.

In altri Paesi, come oggi decisamente l'Ungheria[39], ove le corti abbiano dubbi circa il contenuto di norme internazionali consuetudinarie, esse sono in diversa misura vincolate a chiedere e seguire il parere dell'esecutivo. Questo secondo modello trova il suo fondamento nella separazione dei poteri e nella tradizionale attribuzione all'Esecutivo della competenza in materia di relazioni esterne. La *ratio*, in questo caso, sembra essere quella di evitare che i giudici si pronuncino in maniera diversa, rispetto alle scelte compiute sul piano internazionale dall'Esecutivo: di evitare, quindi, che lo Stato "parli con due voci". Questo implica che il giudice potrebbe decidere in maniera contraria al diritto internazionale, se così intendesse l'Esecutivo.

Vi sono poi molti altri Stati, ad es. l'Irlanda, in cui la valutazione del contenuto del diritto internazionale è lasciata ai singoli giudici; naturalmente per via di appello si può arrivare a pronunce sul tema da parte delle giurisdizioni superiori (modello diffuso). In questi casi, non vi è dunque un controllo accentrato se non in via eventuale e nei limiti dei ricorsi previsti dal diritto statale. Una volta stabilito come e fino a che punto l'ordinamento interno si apre al diritto internazionale consuetudinario, la norma internazionale/interna viene applicata ed interpretata dal giudice ordinario, perché rientra nella sua funzione di *ius dicere*. L'ordinamento

[38] La disciplina è così ricostruita nelle osservazioni presentate dalla Germania alla Commissione del diritto internazionale in occasione dei lavori di codificazione sull'identificazione del diritto internazionale consuetudinario nel 2014. Il testo è disponibile su https://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml

[39] Dichiarazioni rese dall'Ungheria alla Sesta Commissione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, in occasione della discussione dei lavori di codificazione sull'identificazione del diritto internazionale consuetudinario, seduta del 15 novembre 2013, A/C.6/68/SR.18, § 65, p. 12. Un'esposizione della passata situazione in Francia, con riguardo però ai trattati, si trova nella sentenza del 24 novembre 1994 della Corte europea (camera) *Beaumartin c. Francia*, ric. n. 15287/89, reperibile sul sito https://hudoc.echr.coe.int/

interno si affida ai sistemi di ricorso statale per correggere eventuali applicazioni/interpretazioni scorrette[40].

Questo brevissimo *excursus* è utile per sottolineare che l'ordinamento statale può decidere chi controlla e come la determinazione del contenuto e l'interpretazione delle norme consuetudinarie. Incidentalmente, questo è quanto affermava Anzilotti più di un secolo fa[41]. L'attribuzione del potere di accertare il significato del diritto internazionale consuetudinario varia nei sistemi statali, e con essa varia anche la *ratio* sottostante.

Il sistema italiano si può ricondurre al modello diffuso di rilevazione del diritto internazionale generale. Nelle parole di Perassi alla Costituente, tra l'altro a proposito delle regole generalmente riconosciute sulle immunità giurisdizionali degli agenti diplomatici, ed in linea con quanto affermava Anzilotti, il trasformatore permanente è un processo di creazione di norme statali *che si rivolgono agli organi giurisdizionali e agli individui*[42]. E difatti i giudici di merito hanno sempre proceduto in maniera autonoma a identificare il contenuto e la portata delle norme internazionali. Il fondamento dell'obbligo di interpretazione sistemica, di cui parla la Corte costituzionale, lo possiamo ricondurre, da una parte all'apertura del nostro ordinamento al diritto consuetudinario attraverso l'art. 10, primo comma della Costituzione; dall'altra, alla funzione di *ius dicere* del giudice comune.

5. Il ruolo delle corti internazionali e della giurisprudenza statale nell'identificazione del diritto internazionale generale

In questo quadro, è allora significativo capire che spazio ha il giudice comune nella rilevazione del diritto internazionale consuetudinario, a fronte di una pronuncia resa in materia dalla Corte internazionale di giustizia. Si tratta, in altre parole, di verificare se effettivamente il giudice italiano è vincolato dall'autorevolezza delle pronunce della Corte internazionale di giustizia.

[40] C.R SYMMONS, "The Incorporation of Customary International Law into Irish Law: Recent Developments and Suggestions", in *The Irish Jurists*, 1996, p. 165 ss. Più in generale si veda P. STAUBACH, "The Interpretation of Unwritten International Law by Domestic Judges", in *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence* (a cura di Aust, Nolte), Oxford, 2016, p. 113 ss.

[41] D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 195

[42] Intervento citato *supra*, nota 10.

Sul tema è utile far riferimento ai recenti e già ricordati lavori della Commissione del diritto internazionale. La Conclusione 13 del testo sull'identificazione del diritto consuetudinario è dedicata al rilievo della giurisprudenza. Essa considera esplicitamente le decisioni della Corte internazionale mezzo sussidiario per la determinazione dell'esistenza e del contenuto delle norme consuetudinarie. Il relativo commentario sottolinea la stretta aderenza del testo all'art. 38, par. 1 lett. d), dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, ed il fatto che la Corte si distingue per il rilievo ("significance") della sua giurisprudenza e per il fatto di essere l'unica corte a giurisdizione generale. Il Commentario precisa inoltre che le pronunce concernenti il diritto consuetudinario non lo "congelano"; esso può modificarsi successivamente[43].

Più in generale, con riguardo al ruolo della giurisprudenza statale nella formazione e modificazione del diritto consuetudinario, la Conclusione 6 afferma che la giurisprudenza statale costituisce una forma di prassi, quale che sia il grado del giudizio, con la precisazione che le decisioni delle corti più alte comportano un peso maggiore. La Conclusione 10, a sua volta, include sempre la giurisprudenza statale anche tra le possibili forme di manifestazione di *opinio juris*.

La Commissione del diritto internazionale non fa certo affermazioni particolarmente innovative[44]. Merita ricordare, peraltro, che nel corso dei dibattiti in VI Commissione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, gli Stati hanno più volte cercato di limitare la rilevanza della giurisprudenza interna come prassi. La Commissione non ha però accolto l'indicazione.

Accanto a questo ruolo creativo del diritto internazionale generale, la Commissione ha ben presente anche la funzione di applicazione del diritto consuetudinario svolta dalle giurisdizioni statali. Forse più delle stesse Conclusioni, ad essere significativo per le osservazioni in corso è il fine di questo progetto. La Commissione dichiara apertamente trattarsi di una guida pratica sul come determinare se esiste una norma consuetudinaria e che contenuto abbia, rivolto non solo a specialisti del diritto internazionale, ma anche ad altri "including those involved with national

[43] A/73/10, p. 149 ss.

[44] Sul tema *The Activities of National Judges and the International Relations of Their State* si deve ricordare la risoluzione adottata alla sessione di Milano (1993) dall'*Institut de droit international*, relatore Benedetto Conforti, il cui art. 4 recita: "National courts, in determining the existence or content of customary international law, should take account of developments in the practice of States, as well as in case law and jurisprudence". Sulla delicatezza del ruolo delle corti nazionali, si veda A. ROBERTS, "Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, p. 57 ss.

courts", che sono sempre più spesso chiamati ad identificare tale tipo di norme[45].

Ancora, la già richiamata Conclusione 13, al paragrafo 2 dichiara che possono costituire mezzi sussidiari per l'accertamento di norme consuetudinarie le decisioni di tribunali statali concernenti l'esistenza ed il contenuto di tali norme.

Queste diverse considerazioni tracciano un quadro, in cui alla giurisprudenza della Corte internazionale viene attribuito, tra i mezzi sussidiari di accertamento del diritto consuetudinario, un posto significativo, ma non determinante, nel senso che emerge dalla sentenza n. 238. L'apparente deferenza, che la Corte costituzionale impone anche a se stessa, nei confronti della Corte internazionale, in realtà mortifica il ruolo delle giurisdizioni statali sia nell'accertamento che nella modificazione del diritto internazionale generale. Questo è tanto più rilevante, considerato che la Corte costituzionale dichiara esplicitamente di agire in tal ultimo senso. Essa infatti rivendica, sempre nella sentenza n. 238, la volontà di contribuire alla modifica della norma sull'immunità giurisdizionale degli Stati esteri per gli atti *iure imperii*[46]. Per il modo in cui ha articolato la sua argomentazione, tuttavia, la sentenza non sembra voler propugnare sul piano internazionale un'identificazione/interpretazione della norma sull'immunità dello Stato, diversa da quella a cui è giunta la CIG[47]. Poiché la Corte invoca il modo di essere dell'ordinamento interno per dare fondamento alla successiva una condotta dello Stato italiano, diversa da quella richiesta dalla sentenza della Corte internazionale, la pronuncia, piuttosto che un elemento di prassi/*opinio iuris* a favore della formazione di un'eccezione alla norma internazionale sull'immunità dello Stato estero, appare un elemento di prassi e/o *opinio iuris* a favore dell'invocazione dei principi fondamentali dell'ordinamento statale quale circostanza di esclusione dell'illiceità[48]. Anche in tal senso non si intravvedono, però, elementi significativi di evoluzione della prassi[49].

[45] A/73/10, p. 122, par. 2.

[46] Par. 3.3, cit. Questa intenzione dichiarata nella sentenza è salutata con favore in B. CONFORTI (a cura di M. Iovane), *Diritto internazionale*[11], Napoli, 2018, pp. 282-283.

[47] In questo senso, E. CANNIZZARO, "Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: The Decision of the Italian Constitutional Court No.238 of 2014", in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 126 ss., pp. 128, 134, e *Diritto internazionale*[4], 2018, p. 491.

[48] Di questa opinione è P. DE SENA, "The judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law", in www.qil-qdi.org ,2014.

[49] Come è ben noto, l'irrilevanza del diritto statale senza eccezioni ai fini sia del mancato adempimento dei trattati che dell'applicabilità delle norme secondarie sulla responsabilità da fatto illecito è esplicitamente prevista, rispettivamente, dall'art. 27 della

Più in generale, la Corte costituzionale sembra aver trasferito lo schema di argomentazione applicato nei confronti della Convenzione europea e della Corte europea al diritto internazionale consuetudinario[50]. La Consulta afferma che le norme della Convenzione europea vanno interpretate secondo la giurisprudenza consolidata della Corte europea; e ricollega quest'obbligo all'accettazione della competenza ad interpretare la Convenzione a favore della Corte europea, di cui all'art. 46 della Convenzione stessa. In mancanza di una giurisdizione obbligatoria accettata da tutti gli Stati circa l'interpretazione del diritto consuetudinario, la Corte costituzionale ha sostituito la competenza ad interpretare la CEDU, con l'autorevolezza della Corte internazionale di giustizia. Così facendo, però, la Corte costituzionale non ha tenuto conto del ruolo assai diverso che le giurisdizioni statali rivestono nei due piani, ed ha imposto al giudice interno un vincolo che, secondo il diritto internazionale, esso invece non ha, almeno nei termini espressi dalla Corte.

Convenzione di Vienna e dall'art. 32 del progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatto illecito, ed è inoltre affermata con costanza nella giurisprudenza internazionale. Di ciò prende atto anche B. CONFORTI (a cura di M. Iovane), *Diritto internazionale*[11], cit., p. 409.

[50] Così anche F. SALERNO, "Giustizia costituzionale *versus* giustizia internazionale", cit., p. 46.

LA RILEVANZA PER IL GIUDICE NAZIONALE DELLA GIURISPRUDENZA "CONSOLIDATA" DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Pierfrancesco ROSSI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La (limitata) vincolatività del precedente europeo per il giudice italiano: alcuni punti fermi. – 3. I dubbi sollevati dalle "sentenze gemelle" e i successivi chiarimenti: la giurisprudenza costituzionale sui limiti all'obbligatorietà del precedente europeo tra il 2007 e il 2014. – 4. Le innovazioni introdotte dalla sentenza n. 49 del 2015 e il concetto di "giurisprudenza europea consolidata". – 5. L'inadeguatezza della nozione di "giurisprudenza consolidata" e dei criteri (formali) per la sua individuazione. – 6. Le difficoltà applicative della nozione di "giurisprudenza consolidata" nella prassi giurisprudenziale. – 7. Un modello alternativo per circoscrivere la vincolatività dei precedenti europei: l'approccio sostanzialistico e la ricerca della soluzione più giusta nel caso concreto. – 8. Un possibile meccanismo per mettere in pratica l'approccio sostanzialistico: l'obbligo per il giudice nazionale di prendere in considerazione i precedenti europei (c.d. *taking into account approach*). – 9. Conclusioni.

1. Introduzione

Al di fuori delle ipotesi di vincolatività *inter partes* regolate dall'art. 46 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)[1], la rilevanza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nei giudizi davanti ai giudici italiani risulta particolarmente controversa. Gli indirizzi della

* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Università LUISS "Guido Carli" di Roma

[1] In base all'art. 46, par. 1, CEDU, "[l]e Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti". Gli effetti nei giudizi interni delle decisioni della Corte europea nelle ipotesi regolate da questo articolo non saranno oggetto del presente studio. Su di essi, in relazione in particolare al problema del rapporto con il giudicato, si vedano *ex multis* V. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova, 2012; G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, "L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale", in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, www.penalecontemporaneo.it; C. NARDOCCI, "Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato amministrativo e civile. L'orientamento della Corte costituzionale", in *Federalismi.it*, 2018, www.federalismi.it.

Corte costituzionale sul punto, infatti, sono caratterizzati da due linee di tendenza in evidente tensione, tra le quali si è rivelato difficile trovare un equilibrio. Da un lato vi è la regola generale, indiscussa fin dalle "sentenze gemelle", secondo cui i precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo rivestono carattere tendenzialmente vincolante; ciò perché, per la Consulta, la CEDU assume rango di fonte interposta nel significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo[2]. Dall'altro lato, questa regola non è mai stata assoluta. Già nelle "gemelle", infatti, si escludeva espressamente "che le pronunce della Corte di Strasburgo [fossero] incondizionatamente vincolanti"[3].

Ma poiché le "sentenze gemelle" non delineavano chiaramente i casi in cui fosse consentito discostarsi da precedenti della Corte europea[4], è stata la giurisprudenza successiva a doversi confrontare con simile questione. La sentenza n. 49 del 2015 costituisce senza dubbio il tentativo più ambizioso – perché di portata più generale – di chiarire il valore della giurisprudenza europea per i giudici interni. In essa, la Consulta ha affermato che solo le decisioni che esprimano "diritto consolidato" e le sentenze pilota in senso stretto sarebbero idonee a integrare il parametro interposto di costituzionalità e, dunque, vincolanti. La sentenza n. 49 ha anche elencato una serie di criteri volti ad aiutare il giudice a distinguere tra giurisprudenza europea consolidata e non consolidata[5]. Questo orientamento, tuttavia, ha suscitato reazioni critiche da parte della dottrina, ha prodotto orientamenti contrastanti in giurisprudenza ed è stato implicitamente censurato dalla stessa Corte di Strasburgo nel recente caso *GIEM e altri c. Italia*[6].

Il presente lavoro si propone di chiarire quali limiti sia opportuno porre alla obbligatorietà della giurisprudenza della Corte europea nei giudizi interni. L'idea qui sostenuta è che l'inadeguatezza dei criteri delineati dalla sentenza n. 49 discenda soprattutto dal loro carattere puramente formale; e che, al contrario, per stabilire se un giudice interno possa legittimamente discostarsi da un precedente europeo, sia necessario ricorrere a criteri di carattere *sostanziale*, che siano volti a individuare la soluzione più giusta nel caso concreto. Solo questi ultimi criteri – tra i quali figura-

[2] C. cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349. Sul punto v. *infra*, par. 2.

[3] Sent. 348/2007, punto 4.7 del "considerato in diritto".

[4] Sul punto v. *infra*, par. 3.

[5] C. cost. 26 marzo 2015, n. 49. Sul concetto di "giurisprudenza consolidata" e sui relativi indici v. *infra*, par. 4.

[6] *GIEM srl e altri c. Italia*, sentenza del 28 giugno 2018, ricorsi n. 1828/06, 34163/07, 19029/11, sulla quale v. anche *infra*, par. 5.

no il principio della massima espansione delle tutele e il bilanciamento dei diritti – rientrano infatti nella fisiologia del sistema CEDU.

Questo scritto intende anche dimostrare come criteri di natura sostanziale siano già riconosciuti e applicati nella giurisprudenza italiana, nella quale anzi, con l'eccezione della parentesi costituita dalla sentenza n. 49, essi hanno sempre rivestito una rilevanza predominante. Ciò che appare necessario è però dare una veste organica a tali orientamenti nella giurisprudenza costituzionale. A tal fine, il capitolo suggerisce di configurare il rilievo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nei termini di un obbligo, per il giudice italiano, di prendere in considerazione tale giurisprudenza (c.d. *taking into account approach*). Questo meccanismo, adottato negli ordinamenti tedesco e britannico, fa sì che il giudice debba in ogni caso prendere cognizione degli orientamenti rilevanti della Corte di Strasburgo, ma che possa discostarsene (solo) facendo leva su argomenti sostanziali che mirino alla soluzione più giusta nel caso concreto.

2. La (limitata) vincolatività del precedente europeo per il giudice italiano: alcuni punti fermi

Prima di concentrarsi sulle questioni controverse, è utile partire da alcuni punti fermi. Come si è accennato nell'introduzione, due linee guida possono considerarsi pacifiche nella giurisprudenza della Corte costituzionale relativa al valore dei precedenti della Corte europea: (i) la tendenziale vincolatività del precedente europeo secondo il modello dell'interposizione normativa; e (ii) la non assolutezza di questo vincolo. Fissati questi paletti, la discussione successiva si concentrerà su come contemperare queste due direttrici contrastanti.

Quanto al primo profilo, esso risulta indiscusso fin dalle "sentenze gemelle". In esse, com'è noto, la Corte costituzionale ha stabilito che, sulla base dell'art. 117, 1° comma, Cost., come novellato nel 2001, la CEDU abbia acquisito rango di norma interposta nell'ordinamento italiano: essa cioè prevale sulla legge ordinaria, pur restando sempre formalmente subordinata alla Costituzione[7]. Quel che più rileva ai fini della

[7] Su tali pronunce si vedano, *ex multis*, S. BARTOLE, "Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 291 ss.; L. CONDORELLI, "La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 301 ss.; P. CARETTI, "Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità

presente analisi è che la Corte ha affermato che la CEDU integri parametro interposto nel significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo: interposta è "la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata"[8]. In tal modo, la Consulta ha di fatto equiparato il rango gerarchico della giurisprudenza europea a quello della Convenzione[9].

Il modello dell'interposizione normativa non solo comporta che il precedente europeo assuma carattere vincolante, ma determina anche le modalità in cui il vincolo in questione è destinato concretamente a operare. Eventuali contrasti tra legislazione e giurisprudenza europea si presentano come questioni di legittimità costituzionale[10]. Sul giudice grava in primo luogo l'obbligo di ricercare una interpretazione della legge conforme al diritto convenzionale[11]; laddove ciò non sia possibile, la norma interna incompatibile è destinata a essere espunta dall'ordinamento mediante pronuncia di incostituzionalità.

Un secondo punto fermo nella giurisprudenza costituzionale è che un simile vincolo non ha mai avuto carattere assoluto. Non sembra infatti potersi condividere l'opinione, autorevolmente espressa in dottrina e rivelatasi molto influente, secondo cui le "sentenze gemelle" avrebbero inteso istituire un "monopolio interpretativo" della CEDU in capo alla Corte di Strasburgo, ovvero un obbligo "senza né *nuances* né *distinguo*"

costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 311 ss.; G. CATALDI, "Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 321 ss.; M.L. PADELLETTI, "L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 349 ss.; B. CONFORTI, "Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 581 ss. Più recentemente si veda F. SALERNO, "La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura", in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, www.osservatoriosullefonti.it.

[8] Sent. 348/2007, punto 4.7 del "considerato in diritto".

[9] Così M. CARTABIA, "Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 3564 ss., p. 3573.

[10] Sent. 348/2007, punto 4.3 del "considerato in diritto"; sent. 349/2007, punto 6.1 del "considerato in diritto".

[11] Il mancato adempimento di questo obbligo da parte del giudice rimettente è sanzionato con l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale: cfr. C. Cost. 22 ottobre 1996, n. 356, punto 4 del "considerato in diritto", secondo cui "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali […] ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali". Sul punto sia consentito rinviare a P. ROSSI, "L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?", in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, www.osservatoriosullefonti.it.

a conformarsi a *tutte* le pronunce di tale Corte[12]. Fondandosi su questo presupposto, la dottrina in questione ha criticato le "gemelle" sia da una prospettiva di diritto internazionale – in quanto la stessa CEDU non escluderebbe un autonomo ruolo delle autorità nazionali nella sua interpretazione e applicazione[13] – sia da una prospettiva di diritto interno – in quanto il "monopolio interpretativo" sacrificherebbe il principio del libero convincimento del giudice e il ruolo della stessa Corte costituzionale[14]. Tuttavia, dai testi delle due sentenze del 2007 non è possibile evincere alcuna intenzione di istituire un simile "monopolio"[15].

Nella sentenza n. 348, in particolare, il ruolo della Corte di Strasburgo nel sistema convenzionale è definito come una "funzione interpretativa eminente", e dunque non esclusiva[16]. Tale sentenza ha inoltre affermato che il rispetto delle pronunce della Corte europea vada subordinato al controllo della loro compatibilità con la Costituzione, controllo che "deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento" tra vincoli internazionali e la tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti[17]. E il concetto di bilanciamento è stato evocato anche dalla sentenza n. 349, che ha peraltro ricondotto la sua *ratio* alla necessità che il giudice verifichi che le norme della Convenzione garantiscano "una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente" a quello garantito dalla Costituzione[18].

[12] L. CONDORELLI, "La Corte costituzionale", cit., p. 309.

[13] *Ibid*., p. 309-310, il quale definisce "semplicemente inventato" tale obbligo; E. CANNIZZARO, "Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l'art. 117, 1° comma, Cost.", in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 128 ss.; R. CONTI, "CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?", in *Federalismi.it*, 2010, www.federalismi.it, p. 22; E. LAMARQUE, "Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana", in *Corriere giuridico*, 2010, p. 955 ss.

[14] M. LUCIANI, "Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale", in *Corriere giuridico*, 2008, p. 201 ss.; e Id., "Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"", in *Federalismi.it*, 2007, www.federalismi.it.

[15] F.M. PALOMBINO, "Sul monopolio interpretativo (o presunto tale) della Corte europea dei diritti umani", in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, www.osservatoriosullefonti.it, pp. 3-4. Nello stesso senso anche il giudice redattore della sent. 348/2007 G. SILVESTRI, "Considerazioni conclusive", in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, www.osservatoriosullefonti.it, pp. 4-5.

[16] Sent. 348/2007, punto 4.6 del "considerato in diritto".

[17] *Ibid*., punto 4.7.

[18] Sent. 349/2007, punto 6.2 del "considerato in diritto". Cfr. anche il punto 6.2 del "considerato in diritto": "Non si tratta, invero, di sindacare l'interpretazione della norma CEDU operata dalla Corte di Strasburgo, […] ma di verificare la compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione. In tal modo, risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazio-

L'idea che esistano casi in cui il giudice interno possa legittimamente discostarsi da un principio di diritto elaborato dalla Corte di Strasburgo sottende, senza eccezioni, tutta la giurisprudenza costituzionale successiva. Da questo punto di vista, esiste dunque un filo rosso che lega le "sentenze gemelle" alla già menzionata sentenza n. 49 del 2015 – della quale si parlerà nel dettaglio più avanti – nella quale la Corte costituzionale ha ammonito i giudici italiani a non farsi "passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove"[19].

3. I dubbi sollevati dalle "sentenze gemelle" e i successivi chiarimenti: la giurisprudenza costituzionale sui limiti all'obbligatorietà del precedente europeo tra il 2007 e il 2014

Al di là degli indiscussi principi generali appena descritti, i *dicta* delle "gemelle" sul valore da attribuire alla giurisprudenza europea hanno però procurato anche notevoli difficoltà di interpretazione e applicazione, rendendo imprescindibile un chiarimento da parte della giurisprudenza successiva[20]. Non che le due sentenze in questione non abbiano tentato di fornire indicazioni sui casi in cui sia ammissibile discostarsi da un precedente europeo. Al contrario, come visto nei passaggi citati in precedenza, esse hanno fatto richiamo ad almeno tre circostanze che possono condurre a questo esito: l'incostituzionalità del diritto convenzionale (menzionato dalla sentenza n. 348), il criterio della tutela almeno equivalente (dalla sentenza n. 349) e il bilanciamento (da entrambe). Tuttavia queste tre ipotesi, certamente eterogenee, sono state impropriamente giustapposte, creando dubbi sul loro concreto funzionamento.

La sentenza n. 348, in particolare, ha equiparato controllo di costituzionalità del diritto di origine convenzionale e bilanciamento. In realtà, però, questi due concetti sono diversi sia concettualmente che negli effetti pratici. Mentre il primo può condurre all'eliminazione dall'ordinamento italiano di una norma convenzionale reputata incostituzionale, il secondo presuppone che tutti i (due o più) diritti da bilanciare siano parte dell'ordinamento interno. E inoltre, se nulla vieta che nel bilancia-

nali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un vulnus alla Costituzione stessa".

[19] C. Cost. 49/2015, punto 7 del "considerato in diritto".

[20] Sui profili problematici sollevati dalle sentenze gemelle si veda anche G. PALMISANO, "Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni aperte a dieci anni dalle sentenze "gemelle"", in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, www.osservatoriosullefonti.it.

mento risultino prevalenti i diritti convenzionali, tale esito è invece logicamente precluso nel caso di contrasto "verticale" tra Costituzione e norme interposte.

La sentenza n. 349, da parte sua, ha equiparato bilanciamento e criterio della tutela almeno equivalente. Quest'ultimo criterio richiama il principio di massima espansione delle tutele previsto dall'art. 53 CEDU (benché tale richiamo sia solo implicito, in quanto la sentenza n. 349, curiosamente, non ne ha fatto menzione)[21]. In base a questo articolo, non si pone in contrasto con la Convenzione una normativa interna che preveda un livello di tutela superiore a quello da essa garantito. Il concetto di bilanciamento, tuttavia, non sembra essere riconducibile nell'ambito applicativo dell'art. 53. Assicurare una tutela più ampia di un singolo diritto è cosa diversa da contemperare due o più diritti: la seconda operazione non potrà non comportare la limitazione o finanche il sacrificio di uno dei diritti in gioco[22].

A fronte di queste problematiche, negli anni immediatamente successivi al 2007 la giurisprudenza costituzionale sulla materia in esame si è per lo più adoperata a chiarire la portata e il funzionamento dei tre limiti alla vincolatività della giurisprudenza europea menzionati dalle sentenze n. 348 e 349.

Un primo filone giurisprudenziale ha fatto luce sugli effetti del principio di massima espansione delle tutele. Per prima cosa, la Corte ha correttamente ricondotto tale principio a quanto previsto dallo stesso sistema convenzionale. Nella sentenza n. 311 del 2009, in particolare, essa ha affermato che, nei casi di contrasto tra legislazione interna e Convenzione, è necessario "verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53"[23]. La Corte, peraltro, non si è limitata a enunciare il principio in esame, ma vi ha anche fatto discendere effetti *in concreto*. Essa ha espressamente applicato

[21] In base all'art. 53, "Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente […]".

[22] Si può richiamare in proposito la nota teoria di Roberto Bin sui "diritti a somma zero", in base alla quale "l'aumento di tutela assicurato ad uno comporta una diminuzione di tutela per un altro": si veda R. BIN, "L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei", in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico* (a cura di Bernardi), Napoli, 2015, p. 17 ss., p. 30-31.

[23] C. Cost. 26 novembre 2009, n. 311, punto 6 del "considerato in diritto". Similmente, v. anche C. Cost. 4 dicembre 2009, n. 317, punto 7 del "considerato in diritto".

il criterio della massima espansione delle tutele dichiarando manifestamente infondate delle questioni di legittimità di norme interne che derogassero *in melius* al diritto convenzionale[24].

In altre ipotesi, si può ritenere che il principio in questione sia stato applicato tacitamente. È questo il caso della sentenza n. 162 del 2014, nella quale la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della normativa italiana che vietava il ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, nei casi in cui fosse accertata l'esistenza di una patologia che fosse causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute. La questione di costituzionalità era stata sollevata in relazione sia a numerosi articoli della Costituzione sia al parametro interposto costituito dagli articoli 8 e 14 CEDU come interpretati dalla Grande Camera nella sentenza *S.H. c. Austria*[25]. Pur prendendo in considerazione, come risulta dal testo della decisione, l'orientamento della Corte europea, la Corte costituzionale ha accolto solo le censure sollevate in relazione alla Costituzione e ha ritenuto assorbite quelle in relazione alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo[26]. Nel fare ciò, è evidente che essa abbia ritenuto il diritto interno idoneo a garantire una tutela *almeno equivalente* a quella garantita nel sistema CEDU[27]. Analogamente, nella sentenza n. 278 del 2013 la Corte ha analizzato (e sostanzialmente approvato) l'orientamento della Corte europea nel caso *Godelli*, pervenendo però a una pronuncia di incostituzionalità basata solo su parametri di diritto interno[28].

In secondo luogo, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha chiarito come la tecnica del bilanciamento dei diritti possa portare a un allontanamento dalla giurisprudenza europea. Ciò è accaduto, in particolare, con la sentenza n. 264 del 2012, relativa al noto caso delle "pensioni svizzere", nella quale la Consulta ha ritenuto prevalente una norma costituzionale nel processo di bilanciamento con il principio di diritto enunciato dalla Corte di Strasburgo nel caso *Maggio e altri c. Italia*[29]. La

[24] In tal senso si veda l'ordinanza C. Cost. 18 luglio 2014, n. 223.

[25] *S.H. e altri c. Austria*, sentenza del 3 novembre 2011, ricorso n. 57813/00.

[26] C. Cost. 10 giugno 2014, n. 162.

[27] In questo senso cfr. G. MARTINICO, "Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"", in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, p. 303 ss., p. 312-313. Per una lettura maggiormente critica, cfr. invece A. RUGGERI, "La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)", in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, www.forumcostituzionale.it.

[28] C. Cost. 22 novembre 2013, n. 278. Per la citata decisione della Corte EDU, si veda *Godelli c. Italia*, sentenza del 25 settembre 2012, ricorso n. 33783/09.

[29] 31 maggio 2011, ricorsi n. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08.

questione riguardava le modalità di computo delle pensioni di cittadini italiani che avevano versato contributi in Svizzera. Mentre il d.P.R. 27 aprile 1968 n. 488 prevedeva che tale computo dovesse realizzarsi sulla base delle retribuzioni percepite in Svizzera, una norma della legge finanziaria del 2007 (legge n. 296 del 2006) aveva fornito una "interpretazione autentica" del d.P.R. n. 488, stabilendo dei criteri per rendere le pensioni in questione maggiormente proporzionate ai contributi versati. Ciò perché, essendo l'aliquota contributiva svizzera inferiore a quella italiana, la pensione di chi avesse lavorato in Svizzera risultava notevolmente maggiore di quella di chi, lavorando in Italia, avesse versato identici importi all'INPS. Trattandosi di una norma di interpretazione autentica, le diverse modalità di computo si applicavano retroattivamente, sebbene la legge facesse salve le pensioni già liquidate.

La legittimità del ricorso alla legislazione retroattiva in materia pensionistica da parte della finanziaria 2007 era stata sottoposta allo scrutinio della Corte costituzionale, che nel 2008 lo aveva giudicato non irragionevole e non lesivo del principio di uguaglianza[30]. Nel caso *Maggio*, tuttavia, la Corte europea vi aveva riscontrato una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, nella misura in cui la norma di interpretazione autentica incideva su controversie ancora in corso di cui lo Stato fosse parte. La Corte aveva richiamato la propria precedente giurisprudenza, secondo cui le interferenze del potere legislativo sull'amministrazione della giustizia, tramite atti retroattivi, sono ammissibili solo se dettate da impellenti motivi di interesse generale. La necessità, addotta dall'Italia, di assicurare l'equilibrio finanziario del sistema pensionistico e di eliminare situazioni di vantaggio godute da soggetti che avevano lavorato all'estero costituiva sì una ragione di interesse generale, ma non sufficientemente intensa da potersi considerare "impellente". Investita di una nuova questione di costituzionalità della legislazione interna in materia pensionistica, in relazione al parametro interposto costituito dal principio di diritto enunciato in *Maggio*, la Corte costituzionale ha ritenuto di discostarsi dalla valutazione operata dalla Corte di Strasburgo e ha nuovamente considerato costituzionalmente legittime le norme impugnate. Alla base di tale valutazione la Corte ha posto l'esigenza di assicurare una "valutazione sistemica" di valori e principi che la Corte europea, per sua natura, tende a tutelare "in modo parcellizzato"[31]. Nelle parole della Corte,

[30] C. Cost. 23 maggio 2008, n. 172.

[31] C. Cost. 28 novembre 2012, n. 264, punto 5.4 del "considerato in diritto". Si è trattato, come scritto nel testo, della prima ipotesi in cui il bilanciamento operato dalla Corte abbia portato alla *espressa* prevalenza della norma interna su un orientamento della Corte di Strasburgo. A ben vedere, tuttavia, la Corte costituzionale era già *tacitamente* pervenuta a risultati analoghi, cioè di sostanziale elusione di un principio di diritto enun-

> nell'attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti […], rispetto alla tutela dell'interesse sotteso al parametro [interposto integrato dalla sentenza *Maggio*] prevale quella degli interessi antagonisti, di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata. In relazione alla quale sussistono, quindi, quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva[32].

Con riguardo poi al terzo limite alla vincolatività dei precedenti europei menzionato dalle "sentenze gemelle", ovvero il controllo della conformità di tali precedenti alla Costituzione, la Consulta ha continuato a considerare astrattamente possibile una dichiarazione di incostituzionalità di un orientamento della Corte di Strasburgo (*rectius*, della norma di esecuzione della Convenzione nell'ordinamento nazionale). Ad esempio, nella già menzionata sentenza n. 311 del 2009, essa si è riservata il compito di "verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione"; ipotesi che comporterebbe "l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento"[33]. Tuttavia, a differenza di quanto avvenuto con il principio di massima espansione delle tutele e il bilanciamento, questo limite non ha trovato concreta applicazione, non essendo la Corte mai giunta a dichiarare incostituzionale un orientamento della Corte europea. In ciò è forse possibile scorgere un influsso delle posizioni espresse dalla dottrina, generalmente contraria alla possibilità di dichiarare incostituzionale un orientamento della Corte di Strasburgo o la norma di adattamento alla Convenzione[34].

ciato a Strasburgo, celandoli però dietro lo schermo del formale rispetto della giurisprudenza europea. Nella succitata sentenza C. Cost. 26 novembre 2009, n. 311 (c.d. caso del personale ATA), per esempio, la Corte aveva ritenuto costituzionalmente legittima una legge di interpretazione autentica equiparabile a un intervento legislativo retroattivo in ragione dell'esistenza di ragioni fiscali e finanziarie costituenti "motivi imperativi d'interesse generale". La Corte aveva evitato di menzionare che la Corte europea si era più volte pronunciata nel senso che ragioni finanziarie non potessero giustificare interventi legislativi retroattivi incidenti su controversie già in corso di cui lo Stato fosse parte. Al contrario, la Consulta si era limitata a citare l'unico caso in cui la Corte europea aveva adottato un approccio parzialmente diverso (*Forrer-Niedenthal c. Germania*, sentenza del 20 febbraio 2003, ricorso n. 47316/99) in ragione, però, delle eccezionali circostanze storiche costituite dal processo di riunificazione tedesca.

[32] C. Cost. 28 novembre 2012, n. 264, punto 5.3 del "considerato in diritto".

[33] Punto 6 del "considerato in diritto".

[34] E. LAMARQUE, "Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune", relazione presentata al Seminario *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, e reperibile su www.cortecostituzionale.it, p. 51; P. CARETTI, "Le norme

In sintesi, nel periodo di tempo tra il 2007 e il 2014, la giurisprudenza costituzionale ha progressivamente chiarito i limiti posti alla vincolatività dei precedenti europei, delineando un sistema incentrato sul principio di massima espansione delle tutele e sul bilanciamento dei diritti; ovvero criteri che si basano su una valutazione nel merito della *sostanza* dei diritti all'esame del giudice.

Accanto a questi due concetti, peraltro, la Corte costituzionale ha (condivisibilmente) manifestato la consapevolezza che il principio di diritto enunciato dalla Corte europea debba sempre essere adattato alle circostanze del caso concreto, e che dunque una diversità nelle circostanze di fatto possa escludere la necessità di conformarvisi. Per esempio, nella sentenza n. 236/2011 si è affermato che

> [a]ncorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo […] resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno[35].

La diversità delle circostanze di fatto è quindi emersa come un ulteriore limite alla vincolatività dei precedenti europei, in evidente assonanza con le tecniche di *distinguishing* utilizzate dai giudici di *common law*.

4. Le innovazioni introdotte dalla sentenza n. 49 del 2015 e il concetto di "giurisprudenza europea consolidata"

Se messa in relazione con il quadro giurisprudenziale appena descritto, la già ricordata sentenza n. 49 del 2015 sembra dimostrare l'intenzione della Corte costituzionale di porsi in discontinuità con i propri precedenti orientamenti e dare avvio a un "nuovo corso" nella gestione dei rapporti tra diritto interno e sistema convenzionale.

Con essa, infatti, la Corte ha cercato di affrontare la questione del valore giuridico della giurisprudenza della Corte europea in modo orga-

della Convenzione europea", cit., pp. 316-317, nel senso che, nell'ipotesi eccezionale di contrasto tra la norma pattizia e la Costituzione, la Corte costituzionale pronunci una sentenza interpretativa di rigetto che che attesti "l'inidoneità momentanea […] della norma CEDU ad integrare il parametro" interposto.

[35] C. Cost. 22 luglio 2011, n. 236, punto 12 del "considerato in diritto".

nico, individuando *ex novo* dei criteri di generale applicazione per distinguere precedenti vincolanti e non vincolanti. Ciò costituisce una svolta nel *modus operandi* della Consulta, che dal 2007 in avanti si era limitata a glossare i *dicta* delle "sentenze gemelle" procedendo, per così dire, per progressivi aggiustamenti e stratificazioni. La rottura con il passato è resa evidente anche dall'eclissarsi dei criteri della massima espansione delle tutele e del bilanciamento, neppure menzionati dalla sentenza n. 49. Ciò che sopravvive è solo il persistente riferimento alla necessità di verificare la compatibilità con la Costituzione degli orientamenti della Corte europea, unita alla possibilità di dichiarare incostituzionale la norma di adattamento alla Convenzione[36].

Il "nuovo corso" si è invece articolato intorno alla inedita nozione di "giurisprudenza europea consolidata": la Corte ha affermato che solo le decisioni rientranti in questa categoria, oltre che le sentenze pilota in senso stretto, possano integrare il parametro interposto e rivestire così una efficacia vincolante nei giudizi interni. Solo infatti

> nel caso in cui ci si trovi in presenza di un 'diritto consolidato' o di una 'sentenza pilota', il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale […]. Quest'ultimo assumerà di conseguenza, e in linea di massima, quale norma interposta il risultato oramai stabilizzatosi della giurisprudenza europea […], salva l'eventualità eccezionale di una verifica negativa circa la conformità di essa, e dunque della legge di adattamento, alla Costituzione […], di stretta competenza di questa Corte[37].

[36] C. Cost. 49/2015, punto 4 del "considerato in diritto": "[l]a pretesa antinomia venutasi a creare tra il diritto nazionale interpretato in senso costituzionalmente orientato […] e la CEDU, che a parere del rimettente esprimerebbe una regola opposta, avrebbe perciò dovuto essere risolta ponendo in dubbio la legittimità costituzionale della legge di adattamento, in quanto essa permette l'ingresso nell'ordinamento italiano di una simile regola".

[37] Punto 7 del "considerato in diritto". Tra i numerosi commenti ricevuti da questa sentenza si vedano D. RUSSO, "Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015", in *Osservatorio sulle fonti*, 2015, www.osservatoriosullefonti.it; N. COLACINO, "Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta", in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, p. 555 ss.; G. SORRENTI, "Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo", in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, www.forumcostituzionale.it; G. CALAFIORE, "L'attuazione dello schema delle sentenze

La Corte ha anche fornito alcuni "indici idonei ad orientare il giudice" nel distinguere tra giurisprudenza consolidata e non consolidata, menzionando in particolare i seguenti fattori: (1) "la creatività del principio affermato" dalla Corte di Strasburgo "rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea"; (2) eventuali contrasti interni alla giurisprudenza della stessa; (3) la presenza di opinioni dissenzienti, "specie se alimentate da robuste deduzioni"; (4) il fatto che la decisione promani da una sezione semplice e non dalla Grande Camera; (5) l'esistenza di "tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale" non sufficientemente apprezzati dal giudice di Strasburgo[38]. Trattandosi di meri "indici", il ricorrere di queste circostanze non dovrebbe rivelarsi in sé e per sé decisivo, ma dovrebbe comunque fornire un indizio della non vincolatività di un precedente.

È da notare che, nella sentenza n. 49, la Corte costituzionale non ha affermato di volersi discostare dai propri precedenti ma, al contrario, ha manifestato l'intenzione di porsi in continuità con essi. La Corte ha sostenuto, infatti, che la nozione di giurisprudenza "consolidata" fosse già stata utilizzata nella propria precedente giurisprudenza per delimitare il vincolo ai precedenti della Corte di Strasburgo[39]. A sostegno di ciò, la sentenza n. 49 ha fatto richiamo ad alcuni precedenti in cui si affermava che i giudici italiani dovessero considerare come norma interposta la "giurisprudenza europea *consolidatasi* sulla norma conferente"[40]. Ma tale visione sembra fraintendere il contenuto di questi precedenti, o quantomeno ricavare da essi più di quanto non dicano realmente. Che l'aggettivo "consolidato" appartenesse già al lessico della Corte costituzionale non comporta affatto che tale termine avesse lo stesso significato ad esso attribuito dalla sentenza n. 49.

Difatti, una lettura anche solo sommaria del testo di dette decisioni rende chiaro che il termine "consolidatasi" era stato usato dalla Consulta

gemelle si aggrava con la sentenza n. 49 della Corte costituzionale del 26 marzo 2015", in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, p. 421 ss.; A. RUGGERI, "L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell'esperienza, gli auspicabili rimedi", in *Federalismi.it*, 2015, www.federalismi.it; D. PULITANÒ, "Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015", in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, p. 318 ss.; A. RUGGERI, "Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno", in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, p. 325 ss.; F. VIGANÒ, "La consulta e la tela di Penelope", in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, p. 333 ss.

[38] Punto 7 del "considerato in diritto".

[39] *Ibid*.

[40] C. Cost. 311/2009, punto 6 del "considerato in diritto"; C. Cost. 236/2011, punto 9 del "considerato in diritto" (corsivo aggiunto).

per riferirsi genericamente a *tutta* la giurisprudenza della Corte europea, e non al fine di marcare una distinzione tra orientamenti vincolanti ("consolidati") e non vincolanti ("non consolidati"). Non a caso, nella sentenza n. 303 del 2011, la Corte, in luogo dell'espressione "giurisprudenza consolidatasi", aveva invece utilizzato – in termini del tutto intercambiabili – l'espressione "giurisprudenza europea *formatasi*" sulla norma convenzionale[41]. Il concetto di "giurisprudenza europea consolidata", insomma, non possedeva alcuna autonomia concettuale nella giurisprudenza della Corte costituzionale precedentemente alla sentenza n. 49[42]. Né vi erano elementi che anticipassero gli "indici" destinati a dare corpo a questa nozione. Contrariamente a quanto sostenuto dalla stessa Corte costituzionale, quindi, l'orientamento della sentenza n. 49 ha rappresentato una assoluta novità nel panorama giurisprudenziale.

5. L'inadeguatezza della nozione di "giurisprudenza consolidata" e dei criteri (formali) per la sua individuazione

Nel valutare l'orientamento appena descritto, occorre distinguere tra il risultato che la Corte intendeva raggiungere e il modo in cui ha scelto di farlo. Mentre il risultato a cui la Corte mirava (ovvero non conformarsi a un precedente della Corte europea) era del tutto ragionevole nel caso di specie, seri dubbi sono sollevati dagli argomenti avanzati dalla Corte a questo fine.

Partendo dal primo profilo, per comprendere le ragioni che giustificavano il risultato perseguito dalla sentenza n. 49 è necessario analizzare brevemente le circostanze di fatto. La questione riguardava il valore da riconoscere alla decisione *Varvara c. Italia*, che aveva sancito la contrarietà all'art. 7 CEDU dell'istituto della confisca urbanistica per lottizzazione abusiva, nella misura in cui la normativa italiana consentiva di comminare tale sanzione anche a soggetti prosciolti per prescrizione del reato[43]. A giudizio dei giudici europei, la sanzione avrebbe potuto essere irrogata solo in presenza di una "sentenza di condanna" (*jugement de condamnation* nell'originale francese)[44]. Tuttavia tale conclusione, che la

[41] C. Cost. 11 novembre 2011, n. 303, punto 4.2 del "considerato in diritto" (corsivo aggiunto).

[42] S. SONELLI, "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali nella giurisprudenza «trial and error» della Corte costituzionale", in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 1155 ss., p. 1165, in nota 28.

[43] *Varvara c. Italia*, sentenza del 29 ottobre 2013, ricorso n. 17475/09.

[44] *Ibid*., par. 72.

Corte europea motivava molto concisamente, presentava margini poco nitidi. Non era chiaro, infatti, se per "sentenza di condanna" dovesse intendersi, in senso stretto, una sentenza definitiva di condanna, oppure anche un qualsiasi provvedimento definitivo, soggetto alle garanzie dell'art. 7 CEDU, che accertasse la responsabilità personale del destinatario della confisca[45].

In questo secondo caso, la contrarietà alla CEDU della normativa italiana sarebbe apparsa opinabile. La Corte di Cassazione, infatti, già interpretava tale normativa nel senso che il provvedimento ablatorio potesse essere irrogato solo se la prescrizione fosse intervenuta dopo l'esercizio dell'azione penale, nel corso della quale, pur non pervenendo a una sentenza di condanna in senso stretto, si fosse avuto un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato[46]. E va notato che tale indirizzo del giudice di legittimità costituiva esso stesso un adeguamento a un indirizzo della Corte europea. In origine, infatti, la giurisprudenza italiana vedeva nella confisca urbanistica una sanzione amministrativa, collegata al mero accertamento della lottizzazione abusiva e del tutto indipendente dalla responsabilità penale. La Corte di Strasburgo, tuttavia, aveva affermato che la misura ablativa integrava una sanzione penale, nel significato attribuito a tale espressione nell'ambito del sistema CEDU, ed era soggetta perciò alle garanzie dell'art. 7[47]. La Cassazione aveva quindi proceduto a interpretare l'istituto della confisca in modo da "uniforma[rsi] *in toto* alle indicazioni della Corte europea sul piano dell'applicazione della disposizione nazionale"[48]. Tale orientamento era finanche stato lodato dalla Corte costituzionale come esempio virtuoso di interpretazione convenzionalmente orientata[49].

[45] In questo senso S. SONELLI, "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali", cit., pp. 1156-1157; V. ZAGREBELSKY, "Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione", in *Osservatorio costituzionale*, www.osservatorioaic.it, 2015, p. 1, il quale nota anche come la Corte europea abbia menzionato suoi precedenti "di dubbia pertinenza".

[46] Si vedano Cass. Pen., sez. III, 24 ottobre 2008, n. 1105; Cass. Pen., sez. III, 14 maggio 2009, n. 20249; Cass. Pen., sez. III, 20 maggio 2009, n. 21188; Cass. Pen., sez. III, 22 settembre 2009, 36845; Cass. Pen., sez. III, 8 ottobre 2009, n. 39078; Cass. Pen., sez. III, 3 novembre 2009, n. 42178.

[47] *Sud Fondi srl e altri c. Italia*, sentenza del 20 gennaio 2009, ricorso n. 75909/01, su cui v. E. SCISO, "Punta Perotti a Bari: ancora una condanna per confisca da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 487 ss.

[48] E. SCISO, "Il principio dell'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la confisca per lottizzazione abusiva", in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 131 ss., p. 134.

[49] C. Cost. 16 luglio 2009, n. 239. Per una più approfondita descrizione di queste evoluzioni giurisprudenziali si veda D. RUSSO, "La "confisca in assenza di condanna" tra

Tornando alla sentenza n. 49, la Corte costituzionale era stata investita di due questioni di costituzionalità parallele. Entrambe utilizzavano il principio di diritto enunciato in *Varvara* come parametro interposto, interpretando tale sentenza nel senso che la confisca fosse legittima solo a seguito di una condanna penale in senso formale. Ma mentre un giudice rimettente dubitava della costituzionalità della normativa interna rispetto a *Varvara*, l'altro dubitava della stessa costituzionalità del parametro interposto. Più nel dettaglio, da un lato il Tribunale di Teramo sollevava questione di costituzionalità dell'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), disciplinante l'istituto della confisca, per violazione dell'art. 7 CEDU come interpretato in *Varvara*. Dall'altro lato, la Cassazione ricorreva a *Varvara* come parametro interpretativo dell'art. 44 e dubitava della legittimità costituzionale della norma così ricavata in quanto essa avrebbe comportato il sacrificio di beni fondamentali come la salute e l'ambiente sancendo invece la preminenza del diritto di proprietà.

Tuttavia, entrambe le questioni, se accolte, avrebbero prodotto risultati indesiderabili. Occorre infatti considerare sia che entrambe si basavano su una lettura tutt'altro che pacifica di *Varvara*, sia che si era in attesa di un chiarimento della Grande Camera sulla questione[50]. Chiarimento che, com'è noto, è stato dato nel 2018 con la sentenza *GIEM s.r.l. ed altri c. Italia*, nella quale la Grande Camera ha fatto salvo l'istituto della confisca in assenza di condanna sostanzialmente alle stesse condizioni ammesse dalle corti italiane precedentemente a *Varvara*[51]. Nel 2015, dunque, la Corte costituzionale aveva tutte le ragioni per adottare una tattica "attendista", evitando affrettate pronunce di incostituzionalità e dichiarando inammissibili entrambe le questioni a essa sottoposte.

Se il risultato raggiunto dalla Corte nella sentenza n. 49 appare condivisibile, non altrettanto può però dirsi degli *argomenti* utilizzati dalla Corte per pervenire a un simile esito. A ben vedere, alla Corte sarebbe bastato fare leva sulle ambiguità di *Varvara*. Essa ha in effetti dubitato

principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti", in *Osservatorio sulle fonti*, 2014, www.osservatoriosullefonti.it., pp. 3-7.

[50] G. CIVIELLO, "Rimessa alla Grande Chambre la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza "Varvara"?", in *Archivio penale*, 2015, http://www.archiviopenale.it.

[51] Sent. 28 giugno 2018, ricorsi n. 1828/06, 34163/07 e 19029/11, su cui v. C. RENGHINI, "La sentenza G.I.E.M e il confronto tra la Corte europea dei diritti umani e le corti nazionali", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 702 ss.; A. GALLUCCIO, "Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica", in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 221 ss.

che *Varvara* intendesse realmente richiedere una sentenza di condanna in senso formale per la comminazione della confisca, e ha correttamente sottolineato come una simile lettura avrebbe contraddetto la precedente giurisprudenza della Corte europea[52]. Ma la Consulta non si è limitata a questo ed ha proceduto a individuare i criteri, descritti in precedenza, per distinguere tra giurisprudenza europea vincolante e non vincolante. Applicandoli al caso in questione, essa ha escluso che *Varvara*, nella lettura datane dai giudici rimettenti, esprimesse un orientamento consolidato e potesse perciò fungere da parametro interposto[53].

Venendo al merito della nozione di "giurisprudenza consolidata", essa ruota principalmente intorno a criteri di natura formale: innovatività del principio di diritto, opinioni dissenzienti, composizione dell'organo giudicante, ecc. Varie ragioni, tuttavia, inducono a ritenere discutibili simili criteri. In primo luogo, il carattere "isolato" o la "carica innovativa" di una pronuncia non ne attenuano la persuasività o la pertinenza a incidere sulla decisione di un caso[54]. Può semmai essere vero il contrario, cioè che si riconosca minor valore a un precedente risalente che la Corte europea non abbia avuto occasione di rivisitare alla luce di nuove tendenze[55]. In secondo luogo, le sentenze della Grande Camera non possiedono di per sé una forza vincolante superiore a quella delle decisioni delle Camere. Va notato che l'intervento della Grande Camera è confinato (a norma dell'art. 43 CEDU) a "casi eccezionali" che pongano questioni di diritto di particolare rilevanza o che rendano necessario dirimere un contrasto giurisprudenziale. Il mancato intervento della Grande Camera, quindi, può essere un indice della non esistenza di un contrasto giurisprudenziale, e dunque proprio della natura pacifica o "consolidata" di un dato orientamento[56]. In terzo luogo, la presenza di opinioni dissenzienti è una questione relativa al funzionamento interno della Corte, che non rileva sul piano dell'efficacia delle sue decisioni[57].

Tutti questi rilievi, già avanzati nei primi commenti dottrinali alla sentenza n. 49, hanno trovato conferma nella decisione *GIEM*, nella qua-

[52] C. Cost. 49/2015, punto 6 del "considerato in diritto".

[53] *Ibid*., punto 7 del "considerato in diritto".

[54] S. SONELLI, "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali", cit., p. 1169; R. Conti, "La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)", in *Consulta Online*, 2015, www.giurcost.org, p. 181 ss., p. 187.

[55] V. ZAGREBELSKY, "Corte cost. n. 49 del 2015", cit., p. 6.

[56] D. TEGA, "La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu", in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 400 ss., p. 403.

[57] V. ZAGREBELSKY, "Corte cost. n. 49 del 2015", cit., p. 4; S. SONELLI, "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali", cit., pp. 1168-1169.

le la Grande Camera – implicitamente "rispondendo" alla Corte costituzionale – ha affermato che tutti i suoi precedenti possiedono il medesimo valore giuridico e la loro "binding nature and interpretative authority" non dipende dalla composizione del collegio che li ha resi[58]. Il concetto di "giurisprudenza consolidata" e i relativi "indici" sono poi stati oggetto di incisiva e dettagliata critica nella opinione parzialmente concorrente e parzialmente dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque[59]. In conclusione, si può affermare con certezza che la nozione di "diritto consolidato" elaborata dalla sentenza n. 49 si colloca al di fuori del sistema CEDU[60]. Né sarebbe possibile arrivare a diversa conclusione sulla base dell'art. 28 CEDU, che stabilisce che i casi risolvibili in base a un "well-established case law" della Corte possano essere decisi anche da Comitati di tre giudici. La sentenza n. 49 ha fatto riferimento a questo articolo per sostenere che la nozione di "giurisprudenza consolidata" trovi riconoscimento nella stessa Convenzione[61]. Ma questa lettura fraintende il significato della disposizione in oggetto, che costituisce una norma sul funzionamento interno della Corte priva di legami con le modalità di attuazione delle decisioni a livello interno[62].

[58] Par. 252: "[…] the Court would emphasise that its judgments all have the same legal value. Their binding nature and interpretative authority cannot therefore depend on the formation by which they were rendered".

[59] V. in particolare i par. 36-56.

[60] Ugualmente criticabile è il trattamento riservato dalla Consulta alle sentenze pilota, ovvero quelle decisioni che identificano problemi strutturali negli ordinamenti interni, che hanno dato luogo a una sequela di casi identici dinanzi alla Corte di Strasburgo, e indicano le necessarie soluzioni alle autorità nazionali. Secondo la sentenza n. 49, oltre alla "giurisprudenza consolidata", rivestirebbero efficacia vincolante solo le "sentenze pilota in senso stretto" (punto 7 del "considerato in diritto"). Quest'ultima espressione designa le sentenze in cui l'indicazione dei problemi strutturali e delle misure necessarie a superarli è contenuta nel dispositivo della sentenza, mentre si parla invece di sentenze "quasi-pilota" qualora tali indicazioni siano contenute nella motivazione e non nel dispositivo. Sfugge dunque il motivo per conferire particolare efficacia vincolante nei giudizi interni solo alla prima categoria e non anche alla seconda: in entrambi i casi, simili decisioni sono rese proprio allo scopo di spiegare effetti al di là del caso concreto dinanzi alla Corte di Strasburgo. Sulla procedura di sentenza pilota, codificata nell'art. 61 del Regolamento della Corte, v. F.M. PALOMBINO, "La «procedura di sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 91 ss.; D. HAIDER, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Brill, Leiden, 2013.

[61] C. Cost. 49/2015, punto 7 del "considerato in diritto".

[62] R. CONTI, "La CEDU assediata?", cit., p. 185.

6. Le difficoltà applicative della nozione di "giurisprudenza consolidata" nella prassi giurisprudenziale

In dottrina, commenti meno critici della sentenza n. 49 hanno scorto in quest'ultima un tentativo non di delimitare la nozione di "giurisprudenza consolidata" in modo rigido ma solo di fornire ai giudici delle linee guida flessibili, da calibrare in relazione al caso concreto[63]. Ma anche a voler accogliere questo rilievo ci si scontra però con un secondo profilo problematico, ovvero quale sia la reale utilità pratica di una nozione "flessibile" così configurata. Se si guarda alla giurisprudenza italiana posteriore alla sentenza n. 49, si evince in effetti che il concetto di "giurisprudenza consolidata" non ha apportato alcun chiarimento e si è anzi rivelato controproducente, introducendo nuovi elementi di confusione e incertezza[64]. Tanto che alcuni elementi della giurisprudenza più recente sembrano segnalare una progressiva perdita di rilevanza di questa nozione.

Ciò è dimostrato dalle vicende riguardanti il valore giuridico della sentenza *De Tommaso c. Italia*, che ha riscontrato una violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione, che tutela la libertà di movimento, a causa della scarsa precisione e prevedibilità *ex ante* dei requisiti previsti dal c.d. Codice antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159) per l'applicazione di misure di prevenzione personali; requisiti tra i quali rientrano espressioni di particolare vaghezza come "vivere onestamente" e "rispettare le leggi"[65]. Ricondurre questa decisione nell'alveo degli "indici" elaborati dalla sentenza n. 49 si è subito rivelato problematico. Si trattava infatti di una decisione della Grande Camera – indice di obbligatorietà; ma ancora isolata e di contenuto "innovativo" – indici di non obbligatorietà. Poiché la sentenza n. 49 non chiariva come comportarsi in presenza di indici contrastanti[66],

[63] In questo senso F.M. PALOMBINO, "Sul monopolio", cit., pp. 7-8. In senso favorevole alla soluzione adottata dalla sentenza n. 49 anche M. BIGNAMI, "Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente", in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, p. 289 ss.

[64] D. TEGA, "La sentenza della Corte costituzionale", cit., p. 404.

[65] Sentenza del 25 febbraio 2017, ricorso n. 43395/09, sulla quale v. F. MENDITTO, "La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione", in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2017, p. 127 ss.; F. VIGANÒ, "La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione nazionali", in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2017, p. 370 ss.

[66] Essa si limitava infatti a dire, al punto 7 del "considerato in diritto", che "[*q*]*uando tutti, o alcuni di questi indizi* si manifestano, […] non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU […]" (corsivo aggiunto).

l'applicazione dei criteri da essa delineati avrebbe potuto astrattamente portare a qualsiasi risultato.

E così in effetti è stato in un primo momento nella giurisprudenza di merito. Alcuni giudici hanno considerato *De Tommaso* idonea a integrare parametro interposto, in quanto adottata dalla Grande Camera[67]. Altri, all'opposto, hanno considerato *De Tommaso* non vincolante, attribuendo maggior peso alla novità della questione decisa, alla presenza di opinioni dissenzienti e alla innovatività del principio di diritto espresso rispetto alla pregressa giurisprudenza convenzionale e nazionale[68]. Altri ancora, pur ritenendo che *De Tommaso* non integrasse "giurisprudenza consolidata", hanno comunque ritenuto di poter ricercare una interpretazione convenzionalmente orientata delle rilevanti disposizioni nazionali[69]. È stato necessario un intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per mettere ordine in questo scenario caotico. Con la sentenza *Paternò*, esse hanno fornito una interpretazione della normativa interna conforme a *De Tommaso*. E ciò adottando un approccio assai pragmatico e rivelatore: la Cassazione non ha neppure menzionato i requisiti fissati dalla sentenza n. 49 o la stessa nozione di "giurisprudenza consolidata"[70].

Ma quel che è ancora più importante è che la stessa Corte costituzionale abbia finito per adottare un approccio analogo. Nella sentenza n. 43 del 2018, in materia di *ne bis in idem*, essa ha considerato idonea a integrare parametro interposto una pronuncia della Grande Camera espressamente qualificata come "innovativa", senza confrontarsi con gli indici della sentenza n. 49[71]. Similmente, la sentenza n. 25 del 2019 ha recepito l'indirizzo fatto proprio dalle Sezioni Unite in *Paternò* e ha di-

[67] Corte di Appello di Napoli, ordinanza del 14 marzo 2017; Tribunale di Udine, ordinanza del 4 aprile 2017.

[68] Tribunale di Milano, sez. autonoma misure di prevenzione, decreto del 7 marzo 2017, su cui v. S. FINOCCHIARO, "Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera De Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato", in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2017, p. 319 ss.

[69] Tribunale di Palermo, sez. I penale – misure di prevenzione, decreto del 28 marzo 2017, su cui v. F. BALATO, "Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte EDU De Tommaso da parte della giurisprudenza di merito", in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2017, p. 316 ss.

[70] Cass. Pen., sez. un., 5 settembre 2017, n. 40076, sulla quale si veda la nota di D. PULITANÒ in *Giurisprudenza Penale Web*, 10/2017, www.giurisprudenzapenale.com; G. BIONDI, "Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75, comma 2, d. lgs. N. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa", in *Diritto penale contemporaneo*, 10/2017, p. 163 ss.

[71] V. in particolare il par. 7. La decisione richiamata è *A e B c. Norvegia*, sentenza del 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11.

chiarato incostituzionali le rilevanti norme del Codice antimafia per contrasto con *De Tommaso*. Sebbene la nozione di "diritto consolidato" sia stata menzionata dalla Corte, non sembra che gli "indici" abbiano avuto alcun peso nell'orientare la sua decisione[72]. La Corte ha ricordato piuttosto l'importanza di altri criteri, di cui la sentenza n. 49 non faceva affatto menzione: nella specie, massima espansione delle tutele e bilanciamento[73]. In tal modo, pur non avendo la Corte costituzionale espressamente rinnegato l'orientamento espresso nella sentenza n. 49, le più recenti pronunce della Consulta sembrerebbero suggerire che la parabola di tale nozione possa ritenersi, se certamente ancora non compiuta, quantomeno sul viale del tramonto.

7. Un modello alternativo per circoscrivere la vincolatività dei precedenti europei: l'approccio sostanzialistico e la ricerca della soluzione più giusta nel caso concreto

Il declino della nozione di "giurisprudenza europea consolidata" lascia però aperta la domanda alla quale la sentenza n. 49, pur con tutti i limiti appena evidenziati, aveva tentato di dare una risposta: se cioè sia possibile inquadrare il rapporto tra diritto interno e giurisprudenza europea in una cornice organica, offrendo chiare indicazioni metodologiche ai giudici comuni. Per cercare una soluzione alternativa è necessario soffermarsi sul valore che i precedenti della Corte europea rivestono all'interno del sistema CEDU. Solo in questo modo, infatti, è possibile definire correttamente i limiti entro cui tali precedenti devono essere seguiti dai giudici nazionali.

Nel sistema convenzionale, il valore della giurisprudenza della Corte si colloca a un livello intermedio tra vincolatività e mera persuasività,

[72] C. Cost. 6 marzo 2019, n. 25, punto 13 del "considerato in diritto", sulla quale v. S. FINOCCHIARO, "Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU", in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, www.penalecontemporaneo.it.

[73] *Ibid*.: "È ricorrente che gli stessi principi o analoghe previsioni si rinvengano nella Costituzione e nella CEDU […]; vi può essere uno scarto di tutele, rilevante soprattutto laddove la giurisprudenza della Corte EDU riconosca, in determinate fattispecie, una tutela più ampia. Questa Corte ha già affermato che, quando viene in rilievo un diritto fondamentale, «il rispetto degli obblighi internazionali [...] può e deve [...] costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa» (sentenza n. 317 del 2009)"; "va verificato che il bilanciamento, in una prospettiva generale, con altri principi presenti nella Costituzione non conduca a una valutazione di sistema diversa – o comunque non necessariamente convergente rispetto a quella sottesa all'accertamento, riferito al caso di specie, della violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla CEDU".

i due tradizionali approcci che descrivono il valore del precedente rispettivamente nei paesi di *common law* e di *civil law*. Da un lato, infatti, le decisioni della Corte di Strasburgo sono obbligatorie solo *inter partes*, ex art. 46 CEDU, e la Corte non è in alcun modo vincolata ai propri precedenti. Dall'altro lato, tuttavia, la Corte ha più volte rimarcato che essa si conforma in linea di principio ai propri precedenti, salvo che esistano adeguati argomenti che suggeriscano il contrario. In *Cossey c. Regno Unito* essa ha affermato quanto segue:

> the Court is not bound by its previous judgments […] However, it usually follows and applies its own precedents, such a course being in the the interests of legal certainty and the orderly development of the Convention case-law. Nevertheless, this would not prevent the Court from departing from an earlier decision if it was persuaded that there were cogent reasons for doing so[74].

Questo schema, con i dovuti aggiustamenti, regola anche il valore del precedente europeo dal punto di vista dei giudici interni. Poiché infatti la Corte europea segue, in linea di massima, i propri precedenti, assicurare la conformità del diritto interno agli orientamenti di tale Corte è necessario per evitare future condanne a Strasburgo. Ciò è stato del resto riconosciuto dalla stessa Corte europea, che in numerosi casi ha fatto riferimento a un'efficacia delle proprie decisioni al di là del tradizionale schema della obbligatorietà *inter partes* e, in particolare, alla necessità che i giudici statali si conformino agli orientamenti espressi dalla Corte sovranazionale "*dans la mesure du possible*"[75]. Tale esigenza, si badi, sorge nei riguardi di decisioni emesse non solo nei confronti dello Stato del giudice – è del resto pacifico che lo Stato contro il quale è stata pronunciata una sentenza di condanna debba adottare le necessarie misure di natura generale per evitare che identiche violazioni si ripetano in futuro[76] – ma anche di altri Stati. In dottrina questo peculiare valore giuridico del

[74] Sentenza del 27 settembre 1990, ricorso n. 10843/84, par. 35. Per un caso in cui la Corte si è espressamente discostata dai propri precedenti si veda *Scoppola c. Italia (n° 2)*, sentenza del 17 settembre 2009, ricorso n. 10249/03, par. 104-106.

[75] Cfr. *Scordino c. Italia*, sentenza del 27 marzo 2003, ricorso n. 36813/97: "[…] les juridictions nationales doivent, dans la mesure du possible, interpréter et appliquer le droit interne conformément à la Convention. En effet, s'il est vrai qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales d'interpréter et appliquer le droit interne, la Cour est appelée en tout état de cause à vérifier si la manière dont le droit interne est interprété et appliqué produit des effets conformes aux principes de la Convention […] dont la jurisprudence de la Cour fait partie intégrante".

[76] Cfr., su tutti, P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004, p. 76 ss.

precedente europeo è spesso qualificato come valore di *res interpretata*[77].

In sintesi, un giudice nazionale ha l'obbligo di conformarsi ai precedenti europei salvo che esistano *adeguati argomenti* che suggeriscano il contrario. Il sistema CEDU, va ricordato, non mira all'assoluta uniformità nella tutela dei diritti, come dimostrato dalla dottrina del c.d. margine di apprezzamento di cui le autorità nazionali godono nell'applicazione della Convenzione[78]. Il punto cruciale è dunque il seguente: quali argomenti possono dirsi *adeguati* a giustificare un allontanamento da un indirizzo della Corte europea?

Dal punto di vista del diritto convenzionale, il giudice nazionale ha a propria disposizione uno strumentario di "regole di ingaggio" con le quali rapportarsi ai precedenti europei[79]. In primo luogo, opera il già ricordato principio di massima espansione delle tutele, previsto dalla Convenzione all'art. 53. In secondo luogo, le corti nazionali possono effettuare un bilanciamento dei diritti in relazione al caso concreto: la Corte europea mostra infatti particolare rispetto nei confronti del ragionevole bilanciamento operato dai giudici nazionali[80]. Ciò non può stupire: poiché solo i ricorrenti e lo Stato sono rappresentati davanti alla Corte di

[77] A. BODNAR, "Res Interpretata: Legal Effect of the European Court of Human Rights' Judgments for Other States Than Those Which Were Parties to the Proceedings", in *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century* (a cura di HAECK e BREMS), Dordrecht, 2014, p. 223 ss.; O.M. ARNADOTTIR, "Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights", in *European Journal of International Law*, 2017, p. 819 ss.

[78] R. SAPIENZA, "Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 571 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, 2012. J. POLAKIEWICZ, "The Status of the Convention in National Law", in *Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000* (a cura di Blackburn e Polakiewicz), Oxford, 2001, p. 31 ss., p. 52-53, sottolinea che il margine di apprezzamento consente alle corti nazionali di utilizzare la giurisprudenza europea in modo creativo.

[79] L'espressione "rules of engagement" è mutuata da M. KUMM, "Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement", in *The Migration of Constitutional Ideas* (a cura di Choudhry), Cambridge, 2007, p. 256 ss., p. 292.

[80] Si veda per es. *von Hannover c. Germania (n° 2)*, sentenza del 7 febbraio 2012, ricorsi n. 40660/08 e 60641/08, punto 93: "[The ECtHR's] role was precisely to confirm that the Contracting States had put in place a mechanism for the determination of a fair balance and whether particular factors taken into account by the national courts in striking such a balance were consistent with the Convention and its case-law. It should only intervene where the domestic courts had considered irrelevant factors to be significant or where the conclusions reached by the domestic courts were clearly arbitrary or summarily dismissive of the privacy or reputational interests at stake".

Strasburgo, le corti interne si trovano in una posizione istituzionalmente migliore per considerare e contemperare le posizioni soggettive di tutti i soggetti interessati e, non meno importante, della collettività nel suo complesso. In terzo luogo, il fatto che la Corte europea decida sempre sulla base delle specificità del caso concreto lascia ampio margine ai giudici nazionali per discostarsi da un precedente facendo leva su una diversità delle circostanze di fatto[81].

Queste "regole di ingaggio" hanno tutte un elemento in comune: l'autorità nazionale deve essere in grado di dimostrare che, allontanandosi da un precedente europeo, essa è stata in grado di raggiungere una soluzione più giusta nel caso concreto. In breve, si tratta sempre di criteri di natura *sostanziale*. Ad essi si aggiunga poi che, nei casi in cui esista un contrasto interno alla stessa giurisprudenza europea, i giudici nazionali sono chiamati a mediare tra diversi orientamenti e, se del caso, a operare una scelta in merito a quale seguire[82]. Ma anche in questo caso i criteri guida che devono orientare il giudice in tale scelta sono sempre di natura sostanziale.

8. Un possibile meccanismo per mettere in pratica l'approccio sostanzialistico: l'obbligo per il giudice nazionale di prendere in considerazione i precedenti europei (c.d. taking into account approach)

Alla luce dell'analisi svolta in precedenza, risulta chiaro che gli elementi per ricostruire correttamente il valore della giurisprudenza della Corte di Strasburgo siano già riscontrabili nella giurisprudenza italiana. Infatti, i profili caratteristici dell'approccio "sostanzialista" – ovvero massima espansione delle tutele, bilanciamento e *distinguishing* – hanno sempre rivestito una rilevanza assolutamente prevalente nella prassi italiana. Anche se la sentenza n. 49 ha dato prevalenza a criteri meramente formali e gerarchici, i criteri di natura sostanziale sembrano di recente essere tornati al centro delle attenzioni del Giudice delle leggi. Di tutto questo si è già dato conto nelle pagine precedenti.

Il problema che si staglia davanti alla Consulta non è quindi quello di definire nuovi e diversi criteri per rapportarsi ai precedenti europei, quanto piuttosto quello di dare una veste organica all'approccio "sostan-

[81] V. per es. V. ZAGREBELSKY, "Corte cost. n. 49 del 2015", cit., pp. 6-8, il quale sottolinea che, al fine di soppesare l'efficacia di una decisione della Corte di Strasburgo, "indispensabile è valutare la pertinenza del precedente rispetto al caso da decidere".

[82] D. RUSSO, "Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea", cit., pp. 6-7.

zialista" appena delineato. Una possibilità potrebbe essere quella di ricostruire il vincolo alla giurisprudenza della Corte europea nei termini di un obbligo per il giudice italiano di prendere in considerazione tale giurisprudenza (c.d. *taking into account approach*)[83]. Così configurato, il vincolo ha natura essenzialmente procedurale[84]: il giudice interno, cioè, ha l'obbligo di prendere cognizione degli orientamenti della Corte europea che possano rilevare per la soluzione del caso dinanzi a sé, e ciò normalmente lo condurrà a conformarsi a essi; tuttavia, egli può discostarsene (solo) offrendo adeguate motivazioni di natura sostanziale, che tendano al raggiungimento della soluzione più giusta nel caso concreto. Come è stato efficacemente sostenuto, la *ratio* del *taking into account approach* risiede nell'idea che "it is more important to have a right decision than a decision consistent with previous cases"[85].

L'approccio qui suggerito è adottato negli ordinamenti britannico e tedesco, ai quali è perciò utile guardare per chiarire il suo funzionamento[86]. Partendo dal primo di essi, lo Human Rights Act del 1998, che ha incorporato gran parte dei diritti garantiti dalla CEDU nell'ordinamento britannico, prevede che "[a] court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any […] judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights […]"[87]. Nei dibattiti parlamentari che portarono all'adozione dello Human Rights Act, questa formulazione fu considerata come la più confacente al valore che il precedente assume nel sistema CEDU: si preferì perciò evitare di introdurre un vincolo assoluto per le corti interne a conformarsi alla giurisprudenza della Corte europea[88].

[83] In generale sull'utilizzo del *taking into account approach* da parte dei giudici interni nei confronti delle sentenze internazionali, v. F.M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, 2008, particolarmente pp. 7-8 e 132-149.

[84] In questo senso G. MARTINICO, "Corti costituzionali (o supreme)", cit., pp. 307 e 316-317.

[85] F.M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, The Hague, 2018, p. 144.

[86] Va peraltro sottolineato che pressoché tutti gli Stati del Consiglio d'Europa si riservano, in modi più o meno espliciti, uno spazio di contestazione delle decisioni della Corte europea: v. N. KRISCH, "The Open Architecture of European Human Rights Law", in *The Modern Law Review*, 2008, p. 183 ss.

[87] Sezione 2(1). Si veda R. SAPIENZA, "Convenzione europea dei diritti umani e Human Rights Act 1998: in margine all'obbligo delle corti inglesi 'to take into account' la giurisprudenza della Corte di Strasburgo", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 253 ss.

[88] Si veda sul punto R. MASTERMAN, "Aspiration or Foundation? the Status of the Strasbourg Jurisprudence and the "Convention rights" in Domestic Law", in *Judicial Reasoning Under the UK Human Rights Act* (a cura di Fenwick, Phillipson e Master-

Nella prassi giurisprudenziale, l'obbligo di *taking into account* è stato interpretato nel senso di istituire una presunzione in favore del rispetto delle decisioni della Corte di Strasburgo[89]. È interessante notare che in uno dei *leading case* in materia, il caso *Alconbury*, la House of Lords aveva confinato la presunzione in esame alla giurisprudenza "clear and constant" della Corte europea[90], con una espressione che presenta una evidente assonanza con il concetto di "giurisprudenza consolidata" della sentenza n. 49. Ma il riferimento al carattere "costante" della giurisprudenza europea è stato abbandonato nella giurisprudenza successiva. Nel caso *Horncastle*, in particolare, la Corte suprema ha articolato in termini particolarmente chiari il contenuto dell'obbligo in questione:

> [t]he requirement to 'take into account' the Strasbourg jurisprudence will normally result in this Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between the domestic court and the Strasbourg court[91].

Quanto agli argomenti invocati dalle corti britanniche per discostarsi da precedenti europei, essi possono essere distinti in due categorie. I casi più frequenti sono quelli in cui è invocata una diversità delle circostanze di fatto o la necessità di adeguare un principio di diritto al contesto giuridico del Regno Unito: in questo caso, le corti non contestano il merito della decisione della Corte europea ma fanno uso della tecnica del *distinguishing*. In più rari casi, in modalità affini alla tecnica

man), Cambridge, 2007, p. 57 ss. e, in particolare, p. 71 ss. Si noti invece che un vincolo più incisivo è previsto dalla sezione 3(1) con riguardo alle disposizioni della Convenzione: "[s]o far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights".

[89] A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge, 2009, p. 146.

[90] *R. v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte Alconbury Developments Ltd*, [2001] UKHL 23, punto 26: "In the absence of some special circumstances it seems to me that the court should follow any clear and constant jurisprudence of the European Court of Human Rights. If it does not do so there is at least a possibility that the case will go to that court which is likely in the ordinary case to follow its own constant jurisprudence".

[91] *R. v. Horncastle and Others*, [2009] UKSC 14.

dell'*overruling*, particolari ragioni possono giustificare un ribaltamento della presunzione di conformità alla giurisprudenza europea e un rifiuto di seguire un precedente di Strasburgo. Tra le circostanze invocate per motivare tale "dissenso" figurano la scarsa chiarezza degli argomenti utilizzati dalla Corte di Strasburgo, il fatto che quest'ultima non abbia tenuto conto di argomenti o fattori rilevanti nella decisione del caso concreto, o l'esistenza di orientamenti contrastanti nella giurisprudenza di Strasburgo[92].

A differenza dell'ordinamento britannico, nel sistema giuridico tedesco l'obbligo di "prendere in considerazione" il diritto di origine convenzionale non è previsto in legislazione ma, come accaduto in Italia, è stato introdotto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Nella sua nota sentenza del 2004 nel caso *Görgülü*, il *Bundesverfassungsgericht* ha affermato:

> '[t]ake into account' means taking notice of the Convention provision as interpreted by the [European Court of Human Rights] and applying it to the case, provided the application does not violate prior-ranking law, in particular constitutional law. In any event, the Convention provision as interpreted by the [ECtHR] must be taken into account in making a decision; the court must at least duly consider it. Where the facts have changed in the meantime or in the case of a different fact situation, the courts will need to determine what, in the view of the [ECtHR], constituted the specific violation of the Convention and why a changed fact situation does not permit it to be applied to the case[93].

La Corte costituzionale tedesca, in altri termini, ha stabilito che le decisioni della Corte europea, se rilevanti, debbano almeno essere prese in considerazione e che le corti interne debbano fornire adeguati argomenti di merito se intendono discostarsene[94]. Il passo appena citato, per esempio, fa riferimento alla compressione di diritti fondamentali che si traduca in una violazione della Costituzione e alle tecniche di *distinguishing*. In un altro rilevante passaggio della sentenza, la Corte ha menzionato la circostanza che nel processo davanti alla Corte di Strasburgo non sono solitamente rappresentati tutti i titolari di diritti e interessi rile-

[92] Si veda, per una dettagliata analisi, A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, cit., pp. 149-152, insieme con la giurisprudenza ivi citata.

[93] BVerfG, Order of the Second Senate of 14 October 2004, 2 BvR 1481/04, punto 62. La traduzione inglese ufficiale è disponibile all'indirizzo www.bundesverfassungsgericht.de.

[94] Cfr. A.L. PAULUS, "Germany", in *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study* (a cura di Sloss), Cambridge, 2009, p. 209 ss., pp. 231-233.

vanti, lasciando intendere dunque che i giudici tedeschi debbano mantenere un'autonomia nell'operare il bilanciamento di diritti[95]. Va notato inoltre che il mancato rispetto, da parte di un giudice tedesco, dell'obbligo di prendere in considerazione la giurisprudenza europea rilevante può costituire un autonomo motivo di ricorso[96].

9. Conclusioni

Questo scritto ha analizzato il valore dei precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo nei giudizi davanti ai giudici italiani, al di fuori delle ipotesi regolate dall'art. 46 CEDU. Si è innanzitutto mostrato che nella giurisprudenza costituzionale è indiscusso tanto che tali precedenti abbiano efficacia tendenzialmente vincolante, secondo il modello dell'interposizione normativa, quanto che questo vincolo non sia in alcun modo assoluto. Su queste premesse, l'attenzione si è quindi concentrata sul profilo che risulta maggiormente controverso in giurisprudenza e in dottrina, cioè l'individuazione degli opportuni limiti alla vincolatività del precedente europeo.

La soluzione qui sostenuta è che, al fine di discostarsi da un principio di diritto enunciato a Strasburgo, il giudice nazionale debba in ogni caso fare leva su argomenti di natura sostanziale, che tendano al raggiungimento della soluzione più giusta nel caso concreto. Queste "regole di ingaggio" – quali la massima espansione delle tutele, il bilanciamento dei diritti e il *distinguishing* – rientrano infatti nella fisiologia del sistema convenzionale, il quale è naturalmente indirizzato a perseguire esigenze di giustizia sostanziale. Il *taking into account approach*, utilizzato negli ordinamenti britannico e tedesco, costituisce il meccanismo più efficace per mettere in opera questo sistema.

I criteri sostanziali appena menzionati sono del resto ben noti alla giurisprudenza costituzionale italiana, che vi ha fatto ricorso fin dalle

[95] BVerfG, 2 BvR 1481/04, cit., punto 59: "it is necessary for the national courts to evaluate the decision when taking it into account; in this process, account may also be taken of the fact that the individual application proceedings before the [ECtHR], in particular where the original proceedings were in civil law, possibly does not give a complete picture of the legal positions and interests involved. The only party to the proceedings before the [ECtHR] apart from the complainant is the State party affected; the possibility for third parties to take part in the application proceedings (see Article 36.2 of the European Convention on Human Rights) is not an institutional equivalent to the rights and duties as a party to proceedings or another person involved in the original national proceedings".

[96] *Ibid*., punto 30(4).

"sentenze gemelle". Essi convivono però con un diverso filone giurisprudenziale che ha cercato di risolvere la questione affidandosi a criteri meramente formali o gerarchici. La più compiuta espressione di questa tendenza è il concetto di "giurisprudenza consolidata" introdotto dalla sentenza n. 49 del 2015, la quale ha dato corpo a questa nozione attraverso una serie di parametri puramente formali: per esempio, l'innovatività del principio di diritto espresso dalla Corte europea, la presenza di opinioni dissenzienti o la composizione dell'organo giudicante. Ma esigenze di giustizia sostanziale sono del tutto estranee a questi semplicistici criteri. Essi sono del tutto indifferenti al merito della controversia. Non a caso, essi sono stati implicitamente censurati dalla stessa Corte europea nel recente caso *GIEM e altri c. Italia*.

Per concludere, è utile notare che l'approccio qui sostenuto presenta un ulteriore vantaggio: esso ha cioè le maggiori *chances* di innescare fenomeni di dialogo tra corti e indurre la Corte europea a un ripensamento[97]. Si pensi, ancora una volta, a *GIEM*. In questo caso, come ricordato, la Corte ha fatto propria una interpretazione della sentenza *Varvara* in larga parte conforme all'orientamento delle corti italiane. A questo risultato, tuttavia, essa è arrivata attraverso una riconsiderazione nel merito delle argomentazioni di *Varvara* – e soprattutto per correggere le ambiguità di quest'ultima – e non per il presunto carattere "non consolidato" dell'interpretazione alternativa[98]. La lezione che sembra potersi trarre è che sono gli argomenti sostanziali a fare presa sulla Corte europea, piuttosto che argomenti formalistici o che insistono sul primato gerarchico o assiologico del diritto italiano sulla Convenzione europea.

[97] Si veda sul punto B. PETERS, "The Rule of Law Dimensions of Dialogues Between National Courts and Strasbourg", in *The Rule of Law at the National and International Levels. Contestations and Deference* (a cura di Kanetake e Nollkaemper), Oxford, 2016, p. 201 ss., la quale sottolinea, ad esempio, come la succitata decisione *von Hannover c. Germania (n° 2)*, sentenza del 7 febbraio 2012, abbia in parte recepito gli argomenti avanzati dalla Corte costituzionale tedesca in dissenso con *von Hannover c. Germania (n° 1)*, sentenza n. 24 giugno 2004, ricorso n. 59320/00.

[98] In senso analogo anche S. SONELLI, "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali", cit., p. 1162, secondo la quale la critica che la sentenza n. 49/2015, al punto 6, ha operato nei confronti dell'ambiguità argomentativa della sentenza *Varvara* "potrebbe legittimamente collocarsi nel perimetro di un «dialogo» costruttivo tra corti, anche se a tal fine avrebbe richiesto una più articolata elaborazione per risultare significativamente «influente» nei confronti dell'interlocutore sovranazionale […]".

IL RINVIO PREGIUDIZIALE COME STRUMENTO NECESSARIO PER L'INTERPRETAZIONE DELLE NORME DELL'UNIONE EUROPEA TRA OBBLIGHI "COMUNITARI" E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE[*]

Chiara AMALFITANO[**]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017 e la sua "deviazione" dalla consolidata giurisprudenza "comunitaria". – 3. Il ridimensionamento della «precisazione» nella giurisprudenza costituzionale successiva alla sentenza n. 269/2017. – 4. (*Segue*): in uno con la conferma del superamento della "regola" della c.d. doppia pregiudizialità, a favore dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale a prescindere dal previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. – 5. L'attuale coesistenza di due "tipologie" di rapporto "triangolare" tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale. – 6. (*Segue*): il giudice comune nel dialogo con la Corte di giustizia e con la Consulta. – 7. (*Segue*): la Consulta nel dialogo con la Corte di giustizia. – 8. Una possibile (?) diversa interazione del giudice comune con la Corte costituzionale idonea a conciliare esigenze di immediatezza della tutela e di certezza del diritto.

1. Premessa

Secondo la Corte di giustizia, il rinvio pregiudiziale costituisce la «chiave di volta del sistema giurisdizionale» dell'Unione europea e mira, come noto, «ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione», garantendo «la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché [...] il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati»[1].

Già nella prima metà degli anni '70 la Corte costituzionale, allineandosi alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ha sancito il divieto

[*] Il lavoro è già stato pubblicato in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, con il titolo "Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017". In questa sede si sono apportate integrazioni nella premessa e nel par. 8 e introdotti alcuni aggiornamenti bibliografici.

[**] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.

[1] V., da ultimo, Corte giust., 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC e a.*, ECLI:EU:C:2018:853, punto 41.

di riprodurre le norme (allora) comunitarie direttamente applicabili in norme interne, perché tale trasformazione avrebbe avuto l'effetto (tra l'altro) di sottrarre al giudice di Lussemburgo la competenza interpretativa esclusiva del diritto comunitario ai sensi dell'allora art. 177 CEE[2].

Con maggiore sistematicità a partire dalla metà degli anni '80, la Consulta ha quindi riconosciuto il ruolo della Corte di giustizia quale "interprete qualificato del diritto comunitario", di cui "precisa autoritariamente il significato", e la funzione essenziale del rinvio pregiudiziale a garanzia dell'uniformità applicativa di tale diritto in tutti gli Stati membri[3]. Siffatto meccanismo di tutela giurisdizionale consente, infatti, al giudice "comune" di conoscere, tra l'altro, della natura (efficacia diretta o meno) delle norme comunitarie rilevanti per la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente. Così in *Granital* e poi in *Giampaoli* la Corte costituzionale ha stabilito, come noto, che – fermo restando il suo intervento nel caso di controlimite – spetta al giudice ordinario la non applicazione delle norme interne confliggenti con quelle comunitarie direttamente applicabili e/o dotate di effetto diretto (non venendo le prime in rilievo ai fini della soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente)[4].

Da ultimo, e in un arco temporale di diciotto mesi (dicembre 2017 – maggio 2019), tramite una serie di interventi della Consulta, si è assistito ad una "rilettura" del ruolo e della "rilevanza/precedenza" del rinvio pregiudiziale quali delineati da una giurisprudenza costituzionale ormai ultratrentennale e ad un significativo cambiamento nella configurazione dei rapporti "triangolari" tra giudice comune, Corte di giustizia e giudice delle leggi.

A partire, infatti, dall'ormai notissimo *obiter dictum* di cui al punto 5.2 della sentenza n. 269/2017, la Corte costituzionale ha cercato di ridefinire la propria posizione nel dialogo con il giudice comune e altresì –

[2] V. C. cost., 30 ottobre 1975, n. 232 e 28 luglio 1976, n. 205.

[3] V. C. cost., 23 aprile 1985, n. 113 e 11 luglio 1989, n. 389.

[4] V., rispettivamente, C. cost., 8 giugno 1984, n. 170 e 18 aprile 1991, n. 168. Prima di affermare, nella sentenza da ultimo menzionata, la non applicazione di norme interne confliggenti con previsioni di direttive dotate di effetto diretto, la Consulta aveva altresì sancito l'obbligo di disapplicazione rispetto a pronunce della Corte di giustizia che precisano o integrano il significato di una norma comunitaria, affermandone la stessa efficacia immediata e, dunque, l'immediata applicabilità, in luogo delle norme nazionali confliggenti con quelle comunitarie così come interpretate dalla Corte a seguito di rinvio pregiudiziale (C. cost., n. 113/1985, cit.), ma anche in esito ad una procedura di infrazione (C. cost., n. 389/1989, cit.). Per una sintetica ed efficace rassegna della rilevante giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamenti e "triangolari" tra giudice comune, Corte di giustizia e giudice delle leggi v., da ultimo, D. TEGA, "Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: *lavori in corso*", in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 615 ss.

seppur, come si vedrà, in termini che almeno formalmente appaiono più "sfumati" – con la Corte di giustizia. A ben vedere, tuttavia, proprio con riguardo al rapporto con il giudice di Lussemburgo, le premesse del cambiamento menzionato – di cui si tratterà nelle pagine che seguono – si trovano nel *revirement* della Consulta quanto al suo riconoscersi "giurisdizione nazionale" ai sensi dell'art. 267 TFUE, operato, come noto, con riguardo ai giudizi di legittimità in via incidentale con l'ordinanza n. 207/2013. La possibilità di un dialogo diretto tra giudice delle leggi e Corte di giustizia consente, infatti, al primo di superare la propria consolidata giurisprudenza in virtù della quale la questione di compatibilità "comunitaria" costituisce un «*prius* logico e giuridico» rispetto alla questione di legittimità costituzionale e spetta pertanto al giudice comune rivolgersi, innanzitutto, al giudice del Kirchberg per risolvere la questione di compatibilità comunitaria e rimettere poi una nuova questione alla Consulta laddove residuassero, dopo la risposta di Lussemburgo, dubbi di costituzionalità[5]. Innanzitutto su tale aspetto e, dunque, sul presupposto logico-giuridico che ha in un certo qual modo consentito il, o comunque aperto la strada al, cambio di rotta della Corte costituzionale pare interessante soffermarsi. Esso è rimasto poco esplorato nell'ingente mole di scritti che hanno esaminato (forse dovrebbe dirsi, vivisezionato) l'*obiter dictum* in parola e le successive pronunce della Consulta che hanno cercato, almeno per certi versi, come si vedrà, di temperare la «precisazione» di cui al punto 5.2 della sentenza n. 269, pur confermando, in linea con essa, l'inversione di tendenza quanto al dialogo tra giudice comune e giudice delle leggi (e Corte di giustizia) o, quanto meno, l'atteggiamento della Consulta a fronte di un'ordinanza di rimessione che ponga dubbi, oltre che di legittimità costituzionale, anche di compatibilità comunitaria[6].

[5] La prima pronuncia in cui si impiega tale espressione è l'ordinanza di C. cost., 28 dicembre 2006, n. 454, seguita dalla sentenza 13 luglio 2007, n. 284. Ben più risalente, tuttavia, è la scelta della Corte costituzionale di dichiarare inammissibile una questione di legittimità costituzionale che ponesse anche dubbi di compatibilità comunitaria o di restituire gli atti al giudice *a quo*, perché valutasse innanzitutto (con l'eventuale ausilio della Corte di giustizia) la contrarietà della norma interna a quella comunitaria: v., ad esempio e rispettivamente, C. cost., ordinanze 26 marzo 1990, n. 144, 30 luglio 1992, n. 391 e ordinanze 29 dicembre 1995, n. 536, 26 luglio 1996, n. 319. Per una ricostruzione di questa giurisprudenza v., in particolare, M. CARTABIA, "Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», costituzionale e comunitaria", in *Foro italiano*, 1997, V, c. 222 ss.; F. GHERA, "Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 1193 ss.

[6] Su tale nuovo approccio della Consulta v., in particolare, G. AMOROSO, "Le sentenze della Corte di giustizia sulle ferie del lavoratore: rinvio pregiudiziale interpretativo

Per meglio comprendere il nuovo approccio della Corte costituzionale, pare in ogni caso opportuno contestualizzarlo, partendo da una breve disamina dell'*obiter dictum*, dei principali problemi che esso ha posto e del suo ridimensionamento da parte delle pronunce del giudice delle leggi dei primi mesi del 2019 (parr. 2-3). Ci si potrà, quindi, concentrare sul nuovo approccio in parola (par. 4), per analizzare poi la ("collocazione" del rinvio pregiudiziale nella) tipologia di rapporti che oggi possono intercorrere tra giudice comune, giudice delle leggi e (appunto) giudice di Lussemburgo (parr. 5-7) ed esplorare, infine, la configurabilità di una diversa interazione del giudice comune con la Corte costituzionale capace di conciliare le esigenze più care alla Corte di giustizia con quelle perseguite dalla Consulta tramite il controllo accentrato di costituzionalità (par. 8).

*2. L'*obiter dictum *della sentenza n. 269/2017 e la sua "deviazione" dalla consolidata giurisprudenza "comunitaria"*

Nell'*obiter dictum* della sentenza n. 269 – che senza rischio di incorrere in errore credo possa considerarsi il più commentato in 70 anni di giurisprudenza costituzionale[7] – la Consulta, per riacquisire centralità

versus questione incidentale di costituzionalità", in *Federalismi*, 22 maggio 2019, www.federalismi.it.

[7] La bibliografia sulla sentenza n. 269/2017 e il suo *obiter dictum* è cospicua. V., per tutti, A. RUGGERI, "Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione *self-executing* (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)", in *Rivista di Diritti Comparati*, 2017, 3, p. 234 ss., www.diritticomparati.it; R. CONTI, "La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 dicembre 2017, www.forumcostituzionale.it; ID., "Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017", in *Rivista di Diritti Comparati*, 2018, p. 280 ss., www.diritticomparati.it; G. REPETTO, "Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, p. 2958 ss.; F. MARTINES, "Procedimenti pregiudiziali e applicazione di parametri costituzionali ed europei a tutela dei diritti fondamentali", in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 1, www.osservatoriosullefonti.it; R. ROMBOLI, "Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale", in *Foro italiano*, 2018, I, c. 2227 ss.; D. TEGA, "La sentenza n. 269/2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 gennaio 2018, www.forumcostituzionale.it; G. SCACCIA, "L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 gennaio 2018, www.forumcostituzionale.it; ID., "Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017", 7 maggio 2018, in *Rivista AIC*,

nella tutela dei diritti fondamentali e il ruolo di cui essa si era, volontariamente (peraltro) privata, escludendosi dal dialogo diretto con la Corte di giustizia (v. *infra*, par. 4), afferma che, «laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [nel prosieguo: CdfUE] in ambito di rilevanza comunitaria», il giudice comune *debba* rivolgersi *innanzitutto* al giudice delle leggi, così configurando quella che è stata definita un'inversione della "regola" della doppia pregiudizialità[8], in virtù della quale invece, per giurisprudenza costituzionale consolidata, la questione di compatibilità comunitaria costituisce, come ricordato, un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità. In un sistema come quello italiano «che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale»[9], «le violazioni dei diritti della persona postulano la *necessità*[10] di un intervento *erga omnes*» della Corte costituzionale. La disapplicazione – *rectius*, non applicazione – da parte del giudice comune della norma interna confliggente con diritti enunciati nella CdfUE che «intersecano in larga misura» quelli garantiti dalla Costituzione (disapplicazione che può realizzarsi all'esito eventualmente di un rinvio pregiudiziale che attesti l'efficacia diretta della norma della CdfUE[11]) trasmoderebbe infatti in un «sindacato diffuso di costituzionalità della legge» che la Corte costituzionale considera «inammissibile», perché il giudice comune non può sostituirsi al

www.osservatorioaic.it,; L.S. ROSSI, "La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: *obiter* "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea", in *Federalismi*, 31 gennaio 2018, www.federalismi.it.

[8] V. il titolo del contributo di G. SCACCIA, "L'inversione della "doppia pregiudiziale", cit. La dottrina è sostanzialmente unanime nel raffigurare tale inversione ad opera dell'*obiter dictum*.

[9] Che potrebbe rilevare come elemento della «struttura fondamentale, politica e costituzionale» che costituisce l'identità nazionale dello Stato *ex* art. 4, par. 2, TUE: v., per tutti, G. DI FEDERICO, "La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)", in *Federalismi*, 23 maggio 2018, www.federalismi.it, p. 20; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, p. 92.

[10] Corsivo aggiunto.

[11] Si tratta di ipotesi che si è verificata, negli ultimi tempi, sempre più frequentemente. V., per tutte, Corte giust., 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, dove si dichiara l'effetto diretto (anche orizzontale) dell'art. 21 CdfUE con riguardo alla non discriminazione sulla base della religione e delle convinzioni personali; e 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871, nonché causa C-684/16, *Max Planck-Gesellschaft*, ECLI:EU:C:2018:874, dove si riconosce l'effetto diretto (anche in tal caso anche orizzontale) dell'art. 31, par. 2, CdfUE sul diritto alle ferie annuali retribuite.

giudice delle leggi nella verifica della compatibilità di una norma nazionale con i diritti tutelati (anche) dalla nostra Carta costituzionale[12].

Tale soluzione – di cui pare trovarsi traccia, forse inconsapevole, già ad esempio nella sentenza n. 133/2016[13] – sembra recepire, almeno in una certa misura, suggerimenti avanzati non soltanto, e più recentemente, dal giudice costituzionale A. Barbera nella sua veste accademica[14],

[12] R. ROMBOLI, "Dalla «diffusione» all'«accentramento»", cit., p. 2227, evidenzia come la Consulta abbia finito per essere scavalcata, se non sostituita, dai giudici comuni nel ruolo di garante dei diritti fondamentali sia attraverso la tecnica, pur sollecitata, dell'interpretazione conforme, sia in conseguenza dell'utilizzo del rinvio pregiudiziale come strumento finalizzato non tanto ad assicurare l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione (secondo la sua stessa *ratio* istitutiva), ma piuttosto a controllare di fatto la conformità ad esso del diritto nazionale.

[13] Ivi la Corte costituzionale era stata investita dal TAR Emilia-Romagna della conformità, tra l'altro, con l'art. 117 Cost. dell'art. 1, commi 1, 2 e 3 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari, in *GURI*, serie generale, n. 144 del 24 giugno 2014) convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 11 agosto 2014, n. 114 (in *GURI*, serie generale, n. 190 del 18 agosto 2014), nella parte in cui impone la brusca interruzione del trattamento in servizio ottenuto, in applicazione delle leggi precedenti, nonostante il compimento del settantesimo anno, per alcune categorie di impiegati pubblici (avvocati dello Stato, docenti universitari). In particolare, i giudici rimettenti ritenevano che la disposizione si ponesse in contrasto con gli artt. 1, 2 e 6, par. 1, della direttiva n. 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (in *GUCE*, 2000, L 303, p. 16 ss.), nella parte in cui vieta discriminazioni in base all'età. Sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia, le disposizioni della direttiva (al pari del principio generale di diritto dell'Unione, oggi sancito dall'art. 21 CdfUE: v. Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709) possono considerarsi dotate di efficacia diretta e dunque, come rilevato in dottrina, sarebbe stato doveroso per i giudici amministrativi, previo eventuale coinvolgimento della Corte di giustizia, disapplicare la normativa nazionale con esse contrastanti, anziché rimettere la questione alla Corte costituzionale, «rispolvera[ndo] il sistema – *pre-Granital* – di controllo accentrato della "comunitarietà" delle leggi» (v. R. MASTROIANNI, "La Corte costituzionale e il giudizio incidentale sulle leggi "anticomunitarie": il passo del gambero?", in *Il Diritto dell'Unione europea, Osservatorio europeo*, 2016, p. 2, www.dirittounioneeuropea.eu). Nella specie, la Consulta ha ritenuto infondata la questione e ha giustificato la misura in esame, sostanzialmente in considerazione del fatto che le finalità di ricambio generazionale ad essa sottese rientrano nell'ambito delle «legittime finalità di politica del lavoro» e non fanno sorgere discriminazioni sulla base dell'età *ex* art. 6, par. 1, della citata direttiva.

[14] In "La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia", in *Rivista AIC*, 6 novembre 2017, www.rivistaaic.it, suggerisce che il previo coinvolgimento della Corte costituzionale dovrebbe aversi ogniqualvolta si abbia antinomia tra norma interna e norma dell'Unione che sancisce principi e/o obiettivi e non solo quando sia da interpretare una previsione della CdfUE, per far fronte a quell'effetto (innegabile) di «traboccamento» di tale fonte dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, ovvero di un suo richiamo ed una sua applicazione eccessiva da parte dei giudici comuni, anche al di fuori del suo ambito di operatività e nonostante i tentativi della stessa Consulta di ripetutamente specificare i confini della sua rilevanza (v. C. cost., 11 marzo 2011, n.

ma anche in tempi più risalenti, ad esempio, dal professor V. Onida[15].

Statuendo nel senso della *necessità* del previo esperimento della questione di legittimità costituzionale, il giudice delle leggi *devia* però dalla consolidata giurisprudenza *Granital*[16], elaborata in risposta alla sentenza *Simmenthal* della Corte di giustizia[17], perché – in caso di possibile violazione di un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione e dalla CdfUE che (come la Consulta dichiara) ha assunto, con Lisbona, «un contenuto di impronta tipicamente costituzionale» – la rimessione al giudice delle leggi (invece della immediata disapplicazione e/o del rinvio pregiudiziale) diverrebbe obbligatoria anche se la norma interna confligge con una previsione della CdfUE dotata di efficacia diretta.

L'*obiter dictum devia anche*, almeno parzialmente, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia successiva a *Simmenthal* – il riferimento è, in particolare, a *Melki e Abdeli* e *A*[18] dove era in causa la compatibilità con il diritto dell'Unione della c.d. questione prioritaria di costituzionalità propria, rispettivamente, dell'ordinamento francese e di quello austriaco – che viene sì richiamata dalla Corte costituzionale, ma con una evidente *interpolazione*. Nel citare le tre condizioni fissate dal giudice di Lussemburgo per considerare compatibile con il diritto dell'Unione la previa rimessione obbligatoria al giudice delle leggi – ovvero che i giudici ordinari restino liberi (*i*) di sottoporre alla Corte di giustizia, «in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria»; (*ii*) di «adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione»; (*iii*) di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il va-

80 e 24 marzo 2016, n. 63).

[15] In "Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario", in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, p. 47 ss., spec. p. 67 ss., rileva come fenomeno cui "reagire" il sempre più dilagante sindacato diffuso di costituzionalità in relazione a norme interne contrastanti con i principi generali di diritto dell'Unione che tutelano diritti fondamentali, non essendo all'epoca ancora entrato in vigore il trattato di Lisbona e non avendo, quindi, la CdfUE ancora acquisito carattere vincolante.

[16] V. C. cost., n. 170/1984, cit.

[17] V. la sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

[18] V., rispettivamente, Corte giust., 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, punti 45 ss., e 11 settembre 2014, causa C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195, punti 38 ss.

glio di costituzionalità, ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione – la Consulta riformula quest'ultima condizione, ammettendo la disapplicazione della disposizione interna che sia stata ritenuta costituzionalmente legittima *soltanto* laddove sia considerata *contraria* al diritto dell'Unione «*per altri profili*», ovvero per aspetti diversi da quelli già valutati dal giudice delle leggi (e, secondo certe letture proposte in dottrina, anche *solo dopo* che sia stato esperito il *rinvio pregiudiziale* alla Corte di giustizia, che abbia riscontrato la menzionata, sostanziale, contrarietà[19]).

Specie siffatta interpolazione è stata oggetto di numerose critiche in dottrina e di differenti reazioni giurisprudenziali[20], che hanno portato la Consulta, in successive pronunce dei primi mesi del 2019 – e già prima del formale chiarimento richiesto dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 3831/2018, nel caso *Bolognesi*[21] – a ridimensionare, come anticipato, la famosa «precisazione» di cui al menzionato *obiter*.

[19] V., ad esempio e tra i primi, G. SCACCIA, "Giudici comuni e diritto dell'Unione europea", cit., p. 6.

[20] A ordinanze di rimessione alla Consulta (da ultimo, v. Cass., sez. lavoro, 17 giugno 2019, n. 16163 e n. 16164), si affiancano ordinanze di rinvio pregiudiziale e casi di disapplicazione da parte del giudice comune, a valle di una pronuncia pregiudiziale. Per un'analisi delle reazioni giurisprudenziali v. L.S. ROSSI, "Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana", in *Federalismi*, 1° agosto 2018, www.federalismi.it; A. COSENTINO, "Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell'integrazione europea", in *Questione giustizia*, 1° ottobre 2018, www.questionegiustizia.it; C. SCHEPISI, "I futuri rapporti tra le Corti dopo la sentenza n. 269/2017 e il controllo erga omnes alla luce delle reazioni dei giudici comuni", in *Federalismi*, 21 novembre 2018, www.federalismi.it.; M. MASSA, "Dopo la precisazione. Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017", in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 2, www.osservatoriosullefonti.it. Sia altresì consentito rinviare a C. AMALFITANO, "Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?", in *Legislazione Penale*, 4 febbraio 2019, www.lalegislazionepenale.eu.

[21] V. sez. II civ., ordinanza 16 febbraio 2018, n. 3831, *Bolognesi c. CONSOB*, su cui v., per tutti, R. MASTROIANNI, "Da Taricco a Bolognesi, passando per la Ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti", in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 1, p. 20 ss., www.osservatoriosullefonti.it; A. RUGGERI, "Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/ 2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)", in *Consulta Online*, 23 febbraio 2018, 1, p. 82 ss., www.giurcost.org; D. TEGA, "Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione", in *Questione giustizia*, 12 marzo 2018, www.questionegiustizia.it. Ivi la Cassazione solleva due questioni di legittimità costituzionale relativamente a due disposizioni del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), in particolare (*i*) l'art. 187-*quinquiesdecies* del testo unico nella parte in cui «sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privile-

3. Il ridimensionamento della «precisazione» nella giurisprudenza costituzionale successiva alla sentenza n. 269/2017

Proprio il temperamento della «precisazione» e, quindi, l'analisi – oggi – del nuovo panorama giurisprudenziale delineatosi a valle della sentenza n. 269, potrebbe far sorgere l'interrogativo "molto rumore per nulla?".

A mio avviso, la risposta è negativa. Innanzitutto, perché proprio il "rumore" che è stato fatto in dottrina e in giurisprudenza – con "rottura dell'armonia faticosamente raggiunta" a partire da *Granital* quanto al rapporto tra ordinamenti e tra giudici[22] – credo abbia indotto la Consulta a temperare l'*obiter*. E consente, oggi, di parlare effettivamente di *evoluzione del rapporto tra giudici e tra ordinamenti* anziché di rivoluzione[23]. In secondo luogo, la risposta all'interrogativo è negativa, ovvero le reazioni all'*obiter* non sono state "per nulla", perché comunque, nonostante gli accennati temperamenti, lo scenario odierno del rapporto "triangolare" tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale è differente rispetto a quello consolidatosi nei decenni e rimasto sostanzialmente inalterato sino alla sentenza n. 269.

giate», e (*ii*) l'art. 187-*sexies* del d.lgs. (nel testo introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera a), della legge n. 62 del 2005) «nella parte in cui esso assoggetta a confisca per equivalente non soltanto il profitto dell'illecito ma anche i mezzi impiegati per commetterlo, ossia l'intero prodotto dell'illecito». A fronte del presunto contrasto della normativa nazionale richiamata tanto con il parametro costituzionale quanto con quello della Carta (vengono in rilievo il diritto di difesa, *sub specie* divieto di autoincriminazione, il principio di proporzionalità delle pene e il diritto di proprietà e, rispettivamente, gli artt. 3, 24 e 42 Cost. e gli artt. 47, 49 e 17 CdfUE e, quindi, gli artt. 11 e 117 Cost.), i giudici di Piazza Cavour hanno sì privilegiato l'incidente di costituzionalità, chiedendo però chiarimenti alla Consulta sulla portata dell'*obiter dictum*, *in primis* sul significato dell'inciso «per altri profili» di cui si è detto (ovvero se il potere di disapplicazione sussista davvero soltanto rispetto a profili diversi da quelli che abbiano superato il vaglio di legittimità costituzionale o se possa estendersi ai medesimi aspetti già valutati dalla Consulta, ma che si ritengano in contrasto con la Carta) e sulla possibilità per il giudice di ultima istanza di rinviare alla Corte di giustizia laddove il giudice delle leggi non rinvii e risolva la questione autonomamente (dichiarandola infondata), anche (eventualmente) alla luce della Carta. Essi, inoltre, suggeriscono i quesiti pregiudiziali che la Corte costituzionale dovrebbe porre al giudice di Lussemburgo, ritenendo senza esitazione alcuna che un intervento di tale giudice sarebbe opportuno data la natura delle questioni da risolvere.

[22] In tal senso v. A. RUGGERI, "Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a fare da paciere tra le Corti?", in *Consulta Online*, 23 marzo 2018, 1, p. 155 ss., www.giurcost.org. Su tale rapporto prima dell'*obiter dictum* in esame v., per tutti, A. CARDONE, "La tutela multilivello dei diritti fondamentali", cit., parte I.

[23] Così G. SCACCIA, "Giudici comuni e diritto dell'Unione europea", cit., p. 5, già rispetto all'*obiter dictum*, di cui proponeva una lettura «coerente con la volontà [...] chiaramente espressa [dalla Consulta] di rispettare la giurisprudenza comunitaria, senza sacrificare ruolo e attribuzioni della Corte di giustizia».

Vero è che la Consulta è (*rectius*, pare… la cautela non è mai troppa) tornata in larga misura sui propri passi, in particolare per due ordini di ragioni, di cui subito si dirà. Tuttavia, come accennato, è altresì vero che, anche nella giurisprudenza più recente, essa conferma la nuova impostazione quanto al suo rapporto con il giudice comune che dovesse sollevare una questione di legittimità costituzionale che presenta anche profili di compatibilità comunitaria (v. *infra*, par. 4).

Il primo ridimensionamento dell'*obiter* passa attraverso la "trasformazione" della *doverosità* della previa rimessione alla Consulta in *opportunità* di *interpellare in prima battuta* tale giudice[24]. Sotto tale profilo la Corte costituzionale pare aver indietreggiato in misura che sembra non richiesta dalla Corte di giustizia[25], che ammette infatti anche il previo ricorso obbligatorio al giudice delle leggi purché esso non pregiudichi, come ricordato, (*i*) la disapplicazione, ricorrendone i presupposti, (*ii*) l'adozione di misure cautelari a garanzia dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione a rischio di pregiudizio e (*iii*) la facoltà o l'obbligo di rinviare alla Corte di giustizia qualsiasi questione necessaria ai fini della soluzione della controversia. E con riguardo alla previa rimessione obbligatoria alla Consulta purché sia rispettata la terza condizione testé menzionata, il giudice di Lussemburgo si era pronunciato nel senso della sua compatibilità con il diritto comunitario ben prima che nelle citate *Melki e*

[24] V. punto 2.1 del considerato in diritto della sentenza 20/2019, su cui v. A. RUGGERI, "La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)", in *Consulta Online*, 25 febbraio 2019, 1, p. 113 ss., www.giurcost.org; G. BRONZINI, "La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?", in *Questione giustizia*, 4 marzo 2019, www.questionegiustizia.it; R. CONTI, "Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?", in *Giustiziainsieme.it*, 4 marzo 2019, www.giustiziainsieme.it; O. POLLICINO, G. REPETTO, "La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. A ciascuno il suo: ancora sui rapporti tra Carte e tra Corti", in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 434 ss.; F. MEDICO, "I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo dopo la sentenza n. 20/2019: verso un doppio custode del patrimonio costituzionale europeo?", in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 87 ss.; S. LEONE, "Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale", in *Rivista AIC*, 23 settembre 2019, www.rivistaaic.it.

[25] Ci si potrebbe chiedere se tale indietreggiamento sia dovuto, in particolare, al fatto che la Corte costituzionale ritenga che occorrerebbe l'intervento del legislatore per imporre l'obbligo della previa rimessione alla Consulta. Occorre altresì evidenziare che la doverosità della previa rimessione necessiterebbe, per essere effettiva, di un qualche strumento coercitivo per reagire alla violazione dell'obbligo, ma, come noto e come in più occasioni di incontri pubblici ricordato da diversi giudici della stessa Corte costituzionale, tale giudice è privo di strumenti siffatti e, questo, forse, anche potrebbe spiegare il "passaggio" da doverosità a opportunità della rimessione.

Abdeli e *A*, in particolare già nel 1991, nel caso *Mecanarte*, relativo alla questione prioritaria di costituzionalità del sistema portoghese[26].

Il secondo ridimensionamento si realizza mediante l'eliminazione della interpolazione sopra menzionata e "riconoscendo" che il rinvio pregiudiziale – e così la disapplicazione della norma interna confliggente con il diritto dell'Unione – *possa/debba* avvenire non soltanto «per altri profili», ma anche (e come è giusto che sia) sulla «medesima disciplina» oggetto di verifica da parte della Consulta[27], per tale via la Corte costitu-

[26] V. Corte giust., 27 giugno 1991, causa C-348/89, *Mecanarte*, ECLI:EU:C:1991:278, punti 40-46. Ivi la Corte di giustizia venne chiamata a verificare la compatibilità con l'allora art. 177 CEE di una normativa processuale nazionale in virtù della quale il giudice nazionale che constati l'incostituzionalità di una disposizione nazionale sia privato della facoltà o comunque dispensato dall'obbligo di adire la Corte di giustizia per questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto comunitario, in conseguenza del fatto che questa constatazione è sottoposta ad un ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale e nella misura in cui l'ordinamento nazionale offra gli strumenti necessari per porre rimedio ai vizi di una norma nazionale. La Corte di giustizia affermò che il ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale non può impedire al giudice nazionale di esercitare la facoltà, né dispensarlo dall'obbligo, di esperire rinvio pregiudiziale su questioni vertenti sull'interpretazione o sulla validità del diritto comunitario, al fine di consentirgli di giudicare se una norma nazionale sia o no compatibile con quest'ultimo.

[27] V. punto 2.3 del considerato in diritto della sentenza n. 20/2019. Un ulteriore passo verso il riallineamento alla giurisprudenza di Lussemburgo (v. *infra*, nel testo) si compie con la sentenza n. 63/2019 (su cui v. M. SCOLETTA, "Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale", in *Diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2019, www.penalecontemporaneo.it; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, "Rapporti tra Corti e retroattività della *lex mitior*", in *I Post di AISDUE*, 2019, p. 27 ss., www.aisdue.eu) dove al punto 4.3 del considerato in diritto in diritto si ribadisce «sulla scorta dei principi già affermati nelle sentenze n. 269 del 2017 e n. 20 del 2019 – che a questa Corte non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti» e si "chiarisce" che tutto ciò non pregiudica «il *potere* del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta» (corsivo aggiunto). Il passaggio, ancora suscettibile di qualche critica, viene giustamente precisato nell'ordinanza n. 117/2019, al cui punto 2 del considerato in diritto si afferma che il potere della Corte costituzionale di decidere nel merito la questione (dai requisiti di cui sopra) sottopostale lascia invariato il *potere* dei «giudici comuni [di] sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria», anche al termine del procedimento incidentale di legittimità costituzionale; e, altresì, il loro *dovere* – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta. In quest'ultima ordinanza (che ha dato vita alla causa C-481/19

zionale riallineandosi alla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia[28].

4. (Segue): *in uno con la conferma del superamento della "regola" della c.d. doppia pregiudizialità, a favore dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale a prescindere dal previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*

Come anticipato, nonostante i ridimensionamenti di cui si è detto, nelle pronunce successive all'*obiter dictum*, ovvero nelle sentenze nn. 20, 63, 112 del 2019 e così nell'ordinanza n. 117/2019, la Consulta, ponendosi dichiaratamente in linea con l'impostazione di cui alla «precisazione» della sentenza n. 269, conferma il *revirement* con riferimento al proprio rapporto con il giudice comune e con la Corte di giustizia e, dunque, alla *possibile* (in quanto solo opportuna, come visto, e non più doverosa[29]) *inversione* della "*regola" della c.d. doppia pregiudizialità*.

e su cui v. A. RUGGERI, "Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)", in *Consulta Online*, 13 maggio 2019, 2, p. 242 ss., www.giurcost.org; S. CATALANO, "Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale", in *Rivista AIC*, 2 luglio 2019, www.osservatorioaic.it), la Consulta decide di rimettere alla Corte di giustizia due quesiti pregiudiziali (v. *infra*, par. 7) in relazione alla prima questione di costituzionalità (v. *supra*, nota 21) sollevata dalla Cassazione nel citato caso *Bolognesi*. La seconda questione di costituzionalità viene invece direttamente risolta dalla Consulta con la sentenza n. 112/2019.

[28] Non solo alle citate sentenze *Melki e Abdeli* e *A*, e alla precedente sentenza *Mecanarte*, ma anche a quella giurisprudenza secondo cui una norma procedurale nazionale che impone la sospensione del giudizio principale e il ricorso (fosse anche obbligatorio) al giudice delle leggi non può mai mettere in discussione la facoltà/obbligo di esperire un rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE anche sulla stessa normativa al vaglio del giudice costituzionale (v., da ultimo, Corte giust., 4 giugno 2015, causa C‑5/14, *Kernkraftwerke Lippe‑Ems*, EU:C:2015:354, punti 29-38; 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, ECLI:EU:C:2017:985, punti 21-26), e a quella in virtù della quale una norma nazionale non può impedire il rinvio pregiudiziale imponendo al giudice *a quo* di attenersi ai *dicta* del giudice superiore, anche costituzionale, che si sia previamente pronunciato in modo difforme sulla stessa questione (v., ad esempio, Corte giust., 16 dicembre 2008, causa C‑210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:723, punto 94; 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, ECLI:EU:C:2010:581, punto 27; 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Krizan*, ECLI:EU:C:2013:8, punto 68; e già 16 gennaio 1974, causa 166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, ECLI:EU:C:1974:3, punto 4).

[29] S. LEONE, "Il regime della doppia pregiudizialità", cit., p. 16 – al pari di S. CATALANO, "Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale", in *Federalismi*, 22 maggio 2019, www.federalismi.it, p. 25 ss. – prospetta la tesi per cui l'«opportunità» deve essere intesa come sollecitazione a ricorrere comunque in prima

Infatti, a fronte di una *scelta discrezionale* del giudice comune di rimettere al giudice delle leggi una questione di legittimità costituzionale che presenta anche profili di compatibilità comunitaria con riguardo alla tutela dei diritti della persona, la Consulta *non ne dichiara più l'inammissibilità* per difetto di rilevanza[30], ovvero non obbliga più il giudice *a quo* a rivolgersi *in primis* alla Corte di giustizia, subordinando una nuova rimessione alla Consulta alla circostanza che residuino, come detto, dubbi di costituzionalità dopo la sentenza del giudice di Lussemburgo[31], ma, pronunciandosi nel senso della ammissibilità della questione[32], la "trattiene" per l'esame del merito.

Questa *estensione del sindacato di costituzionalità*, con un ampliamento delle maglie della *rilevanza* della questione e, quindi, della sua *ammissibilità*, è l'aspetto essenziale che distingue il nuovo orientamento della Corte costituzionale da quello delineatosi a partire dalla metà degli anni '80[33], secondo cui invece, come detto, la questione di compatibilità comunitaria costituiva un *prius* logico e giuridico rispetto a quella di costituzionalità, e in virtù del quale tale "duplice" questione era, come visto, inammissibile[34] e le cause pendenti dinanzi alla Consulta su questioni sostanzialmente identiche a questioni di compatibilità comunitaria già

battuta alla Corte costituzionale, in considerazione sia del contesto in cui è calata l'espressione e, quindi, in base ad una sua interpretazione sistematica, sia del fatto che se il giudice comune ha un dubbio di costituzionalità "emette" ordinanza – il presente imperativo *ex* art. 23 della legge n. 87/1953 configurandosi di fatto come un dovere – mentre ha soltanto la facoltà di rinvio pregiudiziale, a meno che si tratti di giudice di ultima istanza (o – aggiungo – pur nutrendo qualche dubbio sulla tesi dell'A. – a meno che si tratti di rinvio pregiudiziale di validità).

[30] O non dispone più la restituzione degli atti al giudice *a quo*, come accaduto in diverse pronunce prima di seguire più sistematicamente la strada della inammissibilità per difetto di rilevanza (v. *supra*, nota 5).

[31] Secondo l'impostazione *Granital* della stessa Corte costituzionale, se la Corte di giustizia riconoscesse efficacia diretta alla norma oggetto di interpretazione, il giudice comune dovrebbe disapplicare e sarebbe irrilevante il giudizio di costituzionalità, venendo meno l'applicabilità della norma censurata.

[32] V. il citato punto 2.1 della sentenza n. 20/2019, il punto 4.3 del considerato in diritto della sentenza n. 63/2019 nonché il punto 7 del considerato in diritto della sentenza n. 112/2019. V. altresì il punto 2 del considerato in diritto dell'ordinanza n. 117/2019, dove si ricorda come la Consulta abbia «recentemente affermato la propria competenza a vagliare gli eventuali profili di contrarietà delle disposizioni di legge nazionali alle norme della Carta che il giudice rimettente ritenga di sottoporle».

[33] Sul punto v. G. AMOROSO, "Le sentenze della Corte di giustizia sulle ferie del lavoratore", cit., che si sofferma altresì sull'altro recente cambio di rotta della Corte costituzionale, di cui alla sentenza n. 42/2017, quanto all'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale di leggi di cui «sia improbabile o difficile prospettar[...]e un'interpretazione costituzionalmente orientata».

[34] O, come detto, *supra*, nota 5 e nota 30, implicava la restituzione degli atti al giudice *a quo*.

sottoposte al vaglio della Corte di giustizia venivano rinviate a nuovo ruolo[35], in attesa della decisione del giudice del Kirchberg; decisione che, in quanto *jus superveniens*, potrebbe implicare una restituzione degli atti al giudice *a quo*, per una nuova valutazione della rilevanza[36].

Questo nuovo orientamento potrebbe essere stato influenzato dalla "rivisitazione" della giurisprudenza *Simmenthal* ad opera della stessa Corte di giustizia[37], quale intervenuta nelle citate pronunce *Melki e Abdeli* e *A* (richiamate, come visto, dalla stessa Corte costituzionale nell'*obiter dictum*).

Tuttavia, non sono certa che già *Simmenthal* non consentisse la soluzione di cui alle pronunce da ultimo citate e già in parte, come visto, delineata in *Mecanarte* e che, quindi, impedisse qualsiasi coinvolgimento della Corte costituzionale nella valutazione della compatibilità anche comunitaria di norme interne contrastanti con norme dell'Unione europea pur direttamente applicabili[38]. Non credo, in altre parole, che *Sim-*

[35] V., ad esempio, C. cost., ordinanza 1° giugno 2004, n. 165, dove secondo (tra gli altri) M. CARTABIA, "La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea", in *Le Corti dell'integrazione costituzionale europea e la Corte costituzionale italiana* (a cura di Zanon), Napoli, 2006, p. 101 ss., spec. p. 113 ss., la Consulta avrebbe dovuto operare il rinvio pregiudiziale.

[36] V., ad esempio, C. cost., ordinanze 14 marzo 2003, n. 62; 20 aprile 2004, n. 125; 18 luglio 2011, n. 216; 9 novembre 2011, n. 295; 23 novembre 2011, n. 311; 13 maggio 2015, n. 80; 20 luglio 2016, n. 194.

[37] Per l'uso di tale espressione v. R. MASTROIANNI, "La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: *Simmenthal revisited*?", in *Giurisprudenza cost*ituzionale, 2014, p. 4089 ss.

[38] Vero che in *Simmenthal*, per come era formulato il quesito pregiudiziale e per le specificità del contrasto (legge interna confliggente con regolamento), la Corte di giustizia statuisce nel senso che «il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha *l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza*, di propria iniziativa, *qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*» (v. punto 24 e dispositivo, corsivi aggiunti). Ciò perché l'effetto utile del diritto comunitario sarebbe ridotto se il giudice non potesse disapplicare immediatamente il regolamento (per sua natura direttamente applicabile), con la conseguenza che *è incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione o prassi nazionale che porti ad una riduzione della concreta efficacia di tale diritto negando la giudice il potere di procedere alla disapplicazione* (punti 20-22). Non può tuttavia non evidenziarsi come, al punto 23 della motivazione, la Corte afferma altresì che la menzionata *riduzione dell'efficacia del diritto comunitario* «si verificherebbe qualora, in caso di conflitto tra una disposizione di diritto comunitario e una legge nazionale [...], *la soluzione fosse riservata a un organo diverso dal giudice*» *a quo* (corsivo aggiunto), anche se l'ostacolo frapposto alla piena efficacia fosse solo temporaneo (come accadeva, in virtù delle specificità del sistema italiano di sindacato di costituzionalità, in base alla giurisprudenza *Frontini* e *ICIC* la cui compatibilità con il diritto comunitario era nella sostanza sottoposta al vaglio della Corte di giustizia nel caso

menthal imponesse la dichiarazione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale che presenta anche profili di compatibilità comunitaria, ma ritengo piuttosto che la soluzione delineata in *Granital* quale precipitato di *Simmenthal* e la "regola" della inammissibilità per difetto di rilevanza e della doppia pregiudiziale si giustificassero (e fossero in un certo qual modo "auto-imposte", se ci si pone nell'ottica della Consulta) in considerazione del fatto che il giudice delle leggi non si riconosceva " giurisdizione" *ex* art. (allora) 177 CEE. Escludendosi dal dialogo diretto con la Corte di giustizia – nonostante la timida apertura di cui alla sentenza n. 168/1991[39] – la Consulta non poteva che rimettere al giudice *a quo* la questione che sollevasse anche quesiti di compatibilità con il diritto dell'Unione, in un certo qual modo, peraltro, forzando quest'ultimo ad esperire un rinvio pregiudiziale e di talché forzando anche, come rilevato in dottrina[40], la lettera del trattato nella misura in cui il giudice *a quo* non fosse giudice di ultima istanza e, quindi, fosse semplicemente facoltizzato e non obbligato a presentare un quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Dato il panorama giurisprudenziale testé descritto, credo quindi che il passaggio "epocale" che ha contribuito alla svolta in esame sia da rinvenirsi in particolare nel fatto che la Consulta si sia finalmente riconosciuta (dopo le pressioni dottrinali protrattesi per anni[41]), a partire, come

Simmenthal). Non poter riservare la competenza (esclusiva) alla Corte costituzionale è cosa diversa, a mio avviso, da impedire la rimessione ad essa e/o imporre la dichiarazione di inammissibilità dei quesiti ad essa sottoposti, potendo quindi immaginarsi, come poi avallato da *Melki e Abdeli* e *A*, una disapplicazione affiancata alla rimessione.

[39] Dove la Consulta affermò incidentalmente che restava ferma la sua *facoltà* di esperire il rinvio pregiudiziale (punto 6 del considerato in diritto). Come noto, già nella sentenza 23 marzo 1960, n. 13, la Consulta negò di essere giurisdizione ai sensi dell'allora art. 177 CEE. Il diniego è stato poi sistematico a partire dall'ordinanza 29 dicembre 1995, n. 536, dove essa si è auto-qualificata organo che «esercita una funzione di controllo costituzionale, di garanzia della osservanza della Costituzione», sino al cambio di rotta con l'ordinanza 15 aprile 2008, n. 103 per i giudizi di legittimità in via principale e poi l'ordinanza 18 luglio 2013, n. 207 per quelli in via incidentale (v. *infra*, nel testo e par. 7).

[40] V. M. CARTABIA, "Considerazioni sulla posizione del giudice", cit., p. 224.

[41] V., per tutti, M. CARTABIA, "Considerazioni sulla posizione del giudice", cit., p. 223 ss.; ID., "La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana", in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto* (a cura di Pizzorusso, Romboli, Ruggeri, Saitta, Silvestri), Milano, 2003, p. 201 ss.; ID., "La Corte costituzionale e la Corte di giustizia europea: argomenti per un dialogo diretto", in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 153 ss.; V. ONIDA, "Armonia tra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario", in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 549 ss., spec. p. 554; P. CARETTI, "Corte e rinvio pregiudiziale", *ibidem*, p. 43 ss.; F. DONATI, "Corte costituzionale, «controlimiti» e rinvio pregiudiziale

noto, dal 2008 nei giudizi di legittimità in via principale[42] e poi, per quello che qui interessa, dal 2013 nei giudizi di legittimità in via incidentale[43], "giurisdizione nazionale" ai sensi dell'art. 267 TFUE[44]. L'aver "sdoganato" la possibilità di interloquire direttamente con il giudice di Lussemburgo – soddisfacendo tra l'altro esigenze di economia processuale – consente alla Corte costituzionale di dichiarare ammissibile la questione di legittimità costituzionale che ponga anche quesiti di compatibilità comunitaria.

E, a ben vedere, quando interpellata per prima dal giudice comune, la Consulta potrebbe anche continuare ad assicurare che la questione comunitaria resti una priorità logica e giuridica rispetto alla questione di legittimità costituzionale, "semplicemente" decidendo di investire essa stessa la Corte di giustizia (che dunque si pronuncerebbe prima della Consulta), in quell'ottica di leale cooperazione e dialogo costruttivo in cui si colloca – per riconoscimento espresso dello stesso giudice delle leggi – il suo nuovo orientamento giurisprudenziale (sul rapporto diretto tra queste due Corti si tornerà *infra*, par. 7).

ex art. 234 Trattato CE", in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 243 ss.; R. LUZZATTO, "Diritto comunitario e diritto interno dopo la riforma del titolo V della Costituzione", *ibidem*, p. 27 ss.; F. SORRENTINO, "La Corte e le questioni pregiudiziali", *ibidem*, p. 467 ss.; A. TIZZANO, "Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali", *ibidem*, p. 479 ss.

[42] V. C. cost., n. 103/2008, cit., che diede vita alla causa C-169/08.

[43] V. C. cost., n. 207/2013, cit. (che diede vita alla causa C-418/13, e in un caso in cui la Corte era stata investita di una questione di legittimità costituzionale in relazione ad una norma interna confliggente con una norma dell'Unione priva di effetto diretto, coerentemente con l'impostazione *Granital*), poi seguita dall'ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24 (che diede vita alla causa C-42/17 e dove era in gioco il possibile azionamento di un controlimite e anche qui, dunque, essendo giustamente ricorso il giudice comune alla Consulta in base alla sua giurisprudenza consolidata) e, da ultimo, la citata ordinanza n. 10 maggio 2019, n. 117 (che, come detto, ha dato vita alla causa C-481/19 e su cui si tornerà *infra*, par. 7).

[44] Sostiene che il sistema qui definito di "269 temperato" devii non tanto da *Granital*, quanto dall'ordinanza n. 536/1995, cit., sulla scia del *revirement* quanto alla configurabilità della Corte costituzionale quale "giurisdizione nazionale" *ex* art. 267 TFUE, e che tale *revirement* rappresenti l'elemento essenziale dell'evoluzione giurisprudenziale qui in esame N. LUPO, "Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa", in *Federalismi*, 10 luglio 2019, www.federalismi.it, spec. p. 9 ss.

5. L'attuale coesistenza di due "tipologie" di rapporto "triangolare" tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale

A fronte del nuovo orientamento della Consulta, convivono oggi due tipologie di rapporto "triangolare" tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale: (*a*) quello classico di cui alla giurisprudenza *Granital* e (*b*) quello che potremmo definire della "269 temperata", ovvero delineato nell'*obiter dictum* e poi in parte ridimensionato e in parte confermato nella giurisprudenza successiva sopra richiamata. Quest'ultimo introduce una deroga al primo (si è parlato di *lex specialis*[45]) quando sono in gioco i diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione e dalla CdfUE, ma anche – come chiarito dalla sentenza n. 20/2019 – dal diritto derivato dell'Unione europea, che non solo fornisce una *specificazione* o costituisce un'*attuazione* della norma della CdfUE, ma in senso inverso è "*modello*" per tale norma, *partecipando all'evidenza della sua stessa natura* (costituzionale)[46].

Ad un *meccanismo consolidato* di rapporti, dunque, che prevede il coinvolgimento della Corte costituzionale (previa eventuale rimessione

[45] D. GALLO, "Challenging EU Constitutional Law. The Italian Constitutional Court's New Stance on Direct Effect and the Preliminary Reference Procedure", in *European Law Journal*, 2019, , presenta l'*obiter dictum* in esame appunto come «*lex specialis* della logica *Simmenthal-Granital*» (p. 11 ss.). R. MASTROIANNI, "Da Taricco a Bolognesi", cit., p. 25, parla di nuova lettura dell'art. 11 Cost. rispetto a quella data in *Granital*, nel senso che si inverte, «nei casi in cui viene in rilievo l'applicazione della Carta, il rapporto regola/eccezione su cui quest'ultima [sentenza] si basava»

[46] V. punto 2.1 del considerato in diritto. La sentenza n. 20 ridimensiona l'*obiter dictum* quanto alla doverosità/necessità della previa rimessione alla Consulta ed eliminando l'interpolazione di cui si è detto, ma estende i margini "materiali" del possibile intervento in prima battuta del giudice delle leggi. Il punto era stato oggetto di dibattito in sede di commento dell'*obiter dictum* della sentenza n. 269 (sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, "Rapporti di forza tra Corti", cit., p. 15 ss., anche per ulteriori e puntuali riferimenti bibliografici), non essendo chiara l'ampiezza della deroga a *Granital*: perché prevedere una deviazione da tale modello solo se i diritti della persona sono tutelati dalla CdfUE (oltre che dalla Costituzione) e non anche dai corrispondenti principi generali? E perché non, appunto, anche da norme di diritto derivato dell'Unione che tutelino un diritto fondamentale? Senza dubbio questo approccio ampio tradisce in qualche modo la *ratio* che – nella ricostruzione della stessa Consulta – ha giustificato la sua presa di posizione nella sentenza n. 269, ovvero il fatto che la CdfUE avesse acquisito efficacia vincolante con Lisbona e natura tipicamente costituzionale (ma anche qui, nel senso che si tratta di presupposto errato del ragionamento della Corte, visto che già prima di Lisbona i diritti fondamentali erano tutelati in quanto principi generali, v. sempre C. AMALFITANO, "Rapporti di forza tra Corti", cit., p. 17 ss.). Tra i commentatori della pronuncia vi è chi ha contestato l'eccessiva ampiezza della nuova impostazione. Io credo che, tutto sommato, sia sensato che si guardi alla sostanza e non alla forma e, quindi, a ciò che viene tutelato e non al come, al tipo di fonte che assicura la tutela, anche se questa impostazione amplia evidentemente le maglie dell'approccio "269 temperato".

alla Corte di giustizia) sulla base di un *criterio "funzionale"* legato alla natura (assenza di efficacia diretta) della norma dell'Unione che si considera violata (e salvo, naturalmente, l'intervento della Consulta in caso di controlimite), si affianca un *meccanismo "assiologico, valoriale"* che ritiene *opportuna* la previa rimessione al giudice delle leggi ogniqualvolta sia in discussione la violazione di un diritto fondamentale e a prescindere dall'efficacia diretta della norma dell'Unione rilevante[47]. Ciò, a ben vedere, secondo uno schema sostanzialmente identico a quello applicato nel caso di contrasto del diritto interno con una disposizione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (pur configurandosi in quest'ultimo caso un obbligo di rimessione[48]), ma di fatto degradando la CdfUe e il diritto dell'Unione che tutela diritti fondamentali a norma interposta di rango sub-costituzionale e finendo per snaturare l'autonomia della CdfUE e dell'ordinamento cui appartiene[49], il cui «sicuro ancoraggio» nel nostro ordinamento costituzionale resta l'art. 11 – e non (o prima, comunque che) l'art. 117 – Cost.[50].

Analizzando in astratto questo nuovo panorama giurisprudenziale si potrebbe immaginare che, *aumentando* il numero di rimessioni alla Corte costituzionale, si assisterà ad una *riduzione* del numero dei rinvii pregiudiziali, dei casi di disapplicazione immediata – che resta doverosa al ve-

[47] Parla in proposito di criterio strutturale e di criterio assiologico-sostanziale A. RUGGERI, "Svolta della Consulta", cit., p. 238 ss.

[48] V. C. cost., 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349. Anche l'approccio "269 temperato" si potrebbe dunque considerare finalizzato ad assicurare il "predominio assiologico" della Costituzione (rispetto alla CEDU v., da ultimo, C. cost., 26 marzo 2015, n. 49).

[49] Evidenzia tale snaturamento P. MORI, "La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?", in *Giustizia insieme*, aprile 2019, www.giustiziainsieme.it/; *amplius*, ID., "La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?", in *I Post di Aisdue*, 2019, p. 55 ss.

[50] V. C. cost., 24 giugno 2010, n. 227. Sulla diversità di fonti UE/CEDU e i loro rapporti con l'ordinamento italiano v., per tutte, C. cost., n. 80/2011, cit. e in dottrina, anche per altri riferimenti bibliografici, A. CARDONE, "La tutela multilivello dei diritti fondamentali", cit. Al limite, credo sarebbe preferibile assimilare la CEDU alla CdfUE e coprire la prima con l'art. 11 Cost., benché restino innegabili le differenze tra i due ordinamenti sovranazionale e internazionale e, altresì, la Corte EDU mai abbia sancito l'effetto diretto delle norme convenzionali. Da ultimo, si interroga sull'opportunità di un approccio tendenzialmente "monistico" quanto ai rapporti della normativa nazionale con la CdfUE e la CEDU, facendo leva sull'identità dell'oggetto di tutela, ad esempio, F. VIGANÒ, "La tutela dei diritti fondamentali della persona tra Corti europee e giudici nazionali", in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 481 ss. In tempi più risalenti, v., ad esempio, O. POLLICINO, "Margine di apprezzamento, art. 10, c.1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 dicembre 2009, www.forumcostituzionale.it.

rificarsi delle condizioni fissate dalla Corte di giustizia, come ben evidenziato nell'ordinanza n. 117/2019 (per quanto non sia del tutto chiaro come possa conciliarsi, in un sistema come quello italiano, l'obbligo di disapplicazione, ricorrendone i presupposti, con l'opportunità della rimessione al giudice delle leggi, il primo dovendo prevalere sulla seconda: in proposito, v. *infra*, par. 8) – e di quelli di interpretazione conforme. In parallelo, si dovrebbe assistere (tendenzialmente o almeno auspicabilmente) ad un aumento delle ipotesi di dialogo diretto tra i supremi garanti dei diritti della persona dei due ordinamenti di riferimento (dell'Unione e nazionale).

Ma tutto dipenderà, ovviamente, da come si atteggeranno, in concreto, i giudici comuni e la Corte costituzionale, anche e comunque a fronte del grado di chiarezza e incondizionatezza – io credo – delle norme dell'Unione volta a volta rilevanti e di eventuali pronunce interpretative già emesse dalla Corte di giustizia. E in virtù della eventuale elaborazione di "linee guida" per i giudici comuni (sul se e quando ricorrere all'una o all'altra Corte o eventualmente ad entrambe) che, secondo alcuni, sarebbe opportuno fornisse direttamente la Consulta stessa[51].

6. (Segue): *il giudice comune nel dialogo con la Corte di giustizia e con la Consulta*

Analizzando, innanzitutto, il ruolo dei giudici comuni, nulla dovrebbe mutare rispetto al sistema *Granital* nelle ipotesi in cui non viene in rilievo la violazione di un diritto fondamentale, come la stessa sentenza n. 269/2017 conferma[52], con (*i*) un dialogo diretto, bilaterale tra giudice comune e Corte di giustizia e (*ii*) una dichiarazione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale se la norma interna confligge con norme dell'Unione dotate di (diretta applicabilità e/o) effetto diretto o (*iii*) se, in applicazione della regola classica della doppia pregiudiziale, la questione di costituzionalità pone anche profili di compatibilità comunitaria.

Più incerto, invece – come anche dimostra la prassi giurisprudenzia-

[51] Si esprime a favore dell'elaborazione di «istruzioni per l'uso» da parte della Consulta, ad esempio, R. MASTROIANNI, "La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?", in *Giustizia insieme*, aprile 2019, www.giustiziainsieme.it.

[52] Nella specie si trattava di norme dell'Unione europea in tema di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi e spettava pertanto al giudice comune procedere alla non applicazione della disposizione nazionale.

le successiva alla sentenza n. 269[53] – è il ruolo che ad essi spetta quando si rientra nell'ipotesi "269 temperata" e, dunque, quando si è di fronte alla possibile violazione di un diritto fondamentale, senza che assuma rilevanza l'effetto diretto o meno della previsione dell'Unione che tutela tale diritto.

C'è chi sostiene che i giudici comuni possono decidere di rivolgersi alla Corte costituzionale piuttosto che alla Corte di giustizia a seconda del parametro costituzionale (interno) o comunitario che ritengano volta a volta prevalente, continuando ad avere, in buona sostanza, lo stesso margine di manovra che hanno sempre avuto[54]. La Consulta pare di fatto, e almeno sino ad oggi, aver avallato la scelta "libera" del giudice comune[55], limitandosi ad affermare che essa non può esimersi dal pronunciarsi laddove quest'ultimo abbia deciso di investirla di una questione di costituzionalità[56]. Aggiungo che la libertà di scelta del giudice comune trova un limite nell'obbligo, per i giudici di ultima istanza, di rinviare alla Corte di giustizia, con le responsabilità che ne conseguono in caso di violazione; e che occorre quindi prestare particolare attenzione al fatto che la loro rimessione alla Consulta senza certezza che essa rinvierà alla Corte di giustizia – e pur potendo formulare già i quesiti, come accaduto nel

[53] V. *supra*, nota 20.

[54] V. A. RUGGERI, "Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a fare da paciere tra le Corti?", cit., p. 159. Da ultimo, pare concordare con questa impostazione, piuttosto che con l'introduzione di regole rigide e criteri predeterminati, N. LUPO, "Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019", cit., p. 22.

[55] Si ricordi quanto sostenuto, ad esempio, da S. LEONE e S. CATALANO sull'"obbligo" per il giudice di andare comunque innanzitutto in Corte costituzionale, a fronte della facoltà (se non si tratta di giudice di ultima istanza) di sollevare rinvio pregiudiziale (v. *supra*, nota 29). Sempre S. LEONE (p. 16) ritiene altresì che se anche il giudice comune andasse in Corte di giustizia, dovrebbe poi comunque rivolgersi alla Consulta per far dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma ritenuta contraria al diritto dell'Unione dal giudice di Lussemburgo, senza poter immediatamente disapplicare. Tale impostazione (pur prospettata anche in tempi recenti da alcuni giudici: v., ad esempio, l'ordinanza di legittimità costituzionale del Tribunale di Bari che rilevava come una decisione della Corte di giustizia che richiedeva la disapplicazione non avrebbe assicurato la certezza del diritto e, quindi, come fosse opportuna una rimessione alla Consulta per far dichiarare l'incostituzionalità della norma già riconosciuta dalla Corte di giustizia in contrasto con il diritto dell'Unione; il giudice delle leggi, con sentenza n. 48/2017, ha dichiarato inammissibile la questione) pare ripristinare il sistema *pre-Simmenthal/Granital* e non risulta pertanto in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia, che subordina, come visto, la legittimità del ricorso obbligatorio alla Corte costituzionale al rispetto di diverse condizioni tra cui la disapplicazione anche immediata, ricorrendone i presupposti. Per un sistema binario capace di conciliare le esigenze di immediatezza della tutela e di certezza del diritto v. *infra*, par. 8.

[56] V. punto 2.3 del considerato in diritto della sentenza n. 20/2019; punto 4.3 del considerato in diritto della sentenza n. 63/2019; punto 7 del considerato in diritto della sentenza n. 112/2019.

citato caso *Bolognesi*, per sollecitarla al dialogo – potrebbe infine sfociare, appunto, in una violazione del diritto dell'Unione. Al limite, si potrebbe ipotizzare, da parte del giudice di ultima istanza, un duplice e contestuale rinvio alla Corte di giustizia e rimessione alla Corte costituzionale[57]; soluzione che, pare, renderebbe obbligata per quest'ultima – e diversamente da quanto accaduto, prima del *revirement* con l'ordinanza n. 207/2013, in casi analoghi verificatisi in passato[58] e anche per le ragioni di cui si è detto (*supra*, par. 4) – la scelta di esperire anch'essa un rinvio pregiudiziale, così da far sentire anche la propria "voce" dinanzi al giudice del Kirchberg ed orientare, auspicabilmente, la sua decisione (sul punto, v. *infra*, par. 7)[59].

[57] Prospetta tale possibilità di sollevare contestualmente una rimessione e un rinvio pregiudiziale, ad esempio, R. CONTI, "*An, quomodo* e *quando* del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018", in *Giudice donna*, 2017, 4, www.giudicedonna.it. Pare escluderla, invece, sulla base di quanto ricavabile di fatto dall'ordinanza 21 marzo 2002, n. 85, ad esempio, N. LUPO, "Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019", cit., p. 22. Per una rimessione e contestuale rinvio, seppur non da un giudice di ultima istanza, v. Corte di Appello di Napoli, sez. lavoro, due ordinanze del 18 settembre 2019 (Pres. Diani, est. Pezzullo). *Amplius*, sul tema, sia consentito rinviare a C. Amalfitano, "Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione, alla luce della giurisprudenza 'comunitaria' e costituzionale", in corso di pubblicazione su *Rivista AIC*, 2020.

[58] V., ad esempio, (*i*) la rimessione alla Corte costituzionale operata dal Giudice conciliatore Milano, ordinanza 10 settembre 1963, in *Foro it*., 1963, c. 2368 nel caso *Costa c. Enel* (deciso con sentenza C. cost., 7 marzo 1964, n. 14), lo stesso in cui poi il medesimo Giudice conciliatore Milano, con ordinanza 16 gennaio 1964, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte Costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015, p. 158 ss. rinvia alla Corte di giustizia (che decise poi con sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*, ECLI:EU:C:1964:66); (*ii*) nel caso *Berlusconi e a*., i rinvii pregiudiziali alla Corte giustizia da parte del Trib. Milano, sez. I penale, Pres. Ponti, ordinanza 26 ottobre 2002, in *Foro Ambrosiano*, 4, 2002, 529 (imp. Berlusconi), del Trib. Milano, sez. IV penale, Pres. Magi, ordinanza 29 ottobre 2002, *ibidem*, 4, 2002, 531 (imp. Dell'Utri) e della Corte App. Lecce, sez. penale, ordinanza 7 ottobre 2002, in *Cass. pen*., 2, 2003, 640 (imp. Adelchi) e le rimessioni alla Corte costituzionale sul medesimo tema ad opera del Trib. Palermo, Uff. G.I.P., ordinanze 20 novembre 2002, 21 gennaio 2003, 6 marzo 2003. Ancora, si ricordi (*iii*) il caso *Simmenthal*, dove il Pretore Susa, con ordinanza 28 luglio 1977, in *Giustizia civile*, 12, 1977, p. 1879 ss., esperisce rinvio pregiudiziale, mentre i Tribunali di Milano e di Roma si rivolgono alla Consulta che, con sentenza 29 dicembre 1977, n. 163, dichiara la illegittimità di parte della stessa legge "controversa" dinanzi al giudice di Lussemburgo.

[59] Come si ricorderà, l'ordinanza n. 207/2013 di rinvio pregiudiziale, nel caso *Napolitano* (che, come ricordato, diede vita alla causa C‑418/13, poi decisa dalla Corte di giustizia con sentenza 26 novembre 2014, cause riunite C‑22/13, da C‑61/13 a C‑63/13 e C‑418/13, *Mascolo*, ECLI:EU:C:2014:2401), venne elaborata dalla Consulta (investita di questioni di legittimità costituzionale dal Tribunale di Roma, con due ordinanze e dal Tribunale di Lamezia Terme con altre due ordinanze) dopo che un altro giudice (il Tri-

C'è poi chi suggerisce che la rimessione all'una o all'altra Corte dovrebbe essere "indirizzata" dal "principio della prossimità" e dipendere quindi, in buona sostanza, dal *quantum* di discrezionalità lasciata al legislatore nazionale nella definizione della norma che si ritiene in contrasto con la Costituzione e con il diritto dell'Unione[60]: se c'è discrezionalità, occorrerebbe ricorrere *in primis* alla Corte costituzionale; se la norma interna non fa che pedissequamente ricalcare la previsione di diritto dell'Unione, della sua legittimità deve essere investita la Corte di giustizia, in linea con la giurisprudenza *Foto-Frost*, avendo il giudice di Lussemburgo competenza esclusiva a sindacare la validità (sostanziale, come in questo caso) dell'atto di diritto dell'Unione rilevante[61].

Ancora, sulla base di quanto chiarito, e deciso, nella sentenza n. 20/2019, pare opportuno ricorrere alla Corte costituzionale nei casi in cui dalla norma dell'Unione che tutela un diritto della persona (e che pur la Corte di giustizia pareva aver riconosciuto come dotata di effetto diretto[62]) non sia davvero rinvenibile la regola della specie, richiedendo la Corte di giustizia al giudice comune un bilanciamento di interessi contrapposti (nella specie, riservatezza *vs* trasparenza, proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali) che esso non è in grado di realizzare o che, *rectius*, solo la Corte costituzionale è in grado di assicurare con una pronuncia che, dotata di efficacia *erga omnes*, garantisce certezza del diritto ed evita disparità di trattamento[63].

Credo che sia condivisibile la soluzione prospettata dalla Consulta nella sentenza testé menzionata, così come potrebbe essere opportuno un intervento del giudice delle leggi ogniqualvolta occorra valutare la proporzionalità di una misura nazionale che limita l'operatività, e quindi, il

bunale di Napoli), pur senza rimettere al giudice delle leggi aveva esperito su analoga questione un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. La Consulta per non restare estranea al dialogo, decise di sollevare anch'essa quesiti pregiudiziali e di far sentire, dunque, appunto, la propria "voce" sul tema controverso.

[60] V. R. MASTROIANNI, "La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?", cit.

[61] V. Corte giust., 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost*, ECLI:EU:C:1987:452.

[62] V. Corte giust., 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/0120, *Österreichischer Rundfunk e a.*, ECLI:EU:C:2003:294.

[63] V. punto 2 della sentenza n. 20/2019. Evidenzia come l'intervento della Consulta sia giustificato non tanto presupponendo l'assenza di effetto diretto della norma dell'Unione rilevante, ma in virtù della valutazione della proporzionalità rimessa dalla Corte di giustizia al giudice *a quo* S. LEONE, "Il regime della doppia pregiudizialità", cit., p. 13. Vero che sulla non individuabilità della regola della specie la Consulta richiama l'argomentazione del giudice rimettente, ma senza contraddirla; e sulla base di quell'assunto e della richiesta rivoltale di pronunciarsi per prima, essa procede a dichiarare ammissibile la questione e a valutarla nel merito.

primato del diritto dell'Unione e si vuole assicurare, dopo la pronuncia della Corte di giustizia, una sua applicazione uniforme. Altresì, ci si potrebbe interrogare sulla possibile estensione del sistema "269 temperato", e quindi sull'opportunità della previa rimessione alla Corte costituzionale, qualora il conflitto sia con una previsione dell'Unione che sancisce obiettivi e/o principi[64]. Anche in questi casi, a ben vedere, se sono rispettate le condizioni fissate in *Melki e Abdeli* e in *A*, cui, come visto, la Corte costituzionale si è progressivamente (ri)allineata nelle pronunce del 2019, la rimessione alla Consulta parrebbe comunque coerente con la giurisprudenza di Lussemburgo. Più difficile, invece, mi sembra immaginare – come invece pure suggerito in dottrina[65] – una previa rimessione al giudice delle leggi rispetto a qualunque tipo di conflitto della norma interna con quella dell'Unione, anche se non deputata alla tutela dei diritti fondamentali e se direttamente applicabile e anche in casi dove il contrasto è talmente evidente da non lasciare adito ad alcun tipo di dubbio o margine di discrezionalità in capo al giudice comune. Un'estensione siffatta dell'orientamento "269 temperato" finirebbe per implicare una sostituzione sistematica della dichiarazione di illegittimità costituzionale da parte della Consulta all'intervento abrogativo del legislatore e per annientare completamente la stessa giurisprudenza *Granital*, con ricadute non indifferenti (e neppure giustificabili in base alla giurisprudenza di Lussemburgo) sulla effettività ed immediatezza della tutela della posizione giuridica rilevante, che potrebbero essere compromesse dalla sistematica, appunto, rimessione alla Corte costituzionale anche di questioni di (in)compatibilità talmente evidenti da non richiedere (non almeno necessariamente) l'intervento di tale Corte, perché i giudici ordinari non avrebbero alcun dubbio nel disapplicare sempre e comunque la disposizione nazionale controversa[66].

[64] V., come detto (*supra*, nota 12), A. BARBERA, "La Carta dei diritti", cit. *Inter alia*, v. anche A. CARDONE, "La tutela multilivello dei diritti fondamentali", cit., p. 91 ss., che, partendo dal presupposto che il sindacato accentrato di costituzionalità rappresenti un principio supremo del nostro ordinamento costituzionale (*sub specie*, un «principio non sostantivo» che regge «l'articolazione organizzativa dell'ordinamento costituzionale»), afferma che si dovrebbe «"obbligare" il giudice comune a sollevare la questione di legittimità costituzionale tutte le volte in cui il dubbio di costituzionalità della norma interna non è relativo solo alla violazione indiretta dell'art. 11 Cost ma investe anche e direttamente le disposizioni costituzionali che regolano principi e diritti o libertà».

[65] S. CATALANO, "Doppia pregiudizialità", cit., p. 36 ss.

[66] Altro è quanto si dirà (e dunque la soluzione alternativa prospettata) *infra*, par. 8.

7. (Segue): *la Consulta nel dialogo con la Corte di giustizia*

Passando ad analizzare il ruolo della Corte costituzionale e il suo nuovo rapporto con la Corte di giustizia, non può non rilevarsi innanzitutto come anche la più recente ordinanza n. 117/2019 conferma la linea argomentativa-decisoria delle sentenze nn. 20, 63, 112 del 2019 (quale profilata per la prima volta, come visto, nell'*obiter dictum* di cui alla sentenza n. 269): se il giudice comune solleva una questione di legittimità costituzionale che coinvolge anche norme di diritto dell'Unione europea che tutelano diritti della persona, la Consulta non può esimersi dallo *ius primi verbi*, fornendo una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri, «giudicando alla luce dei parametri costituzionali interni ed eventualmente di quelli europei secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato» e, eventualmente, previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia[67].

La questione sollevata è, quindi, ammissibile; ma l'ammissibilità, nelle parole della Consulta, non equivale all'obbligo di rinvio pregiudiziale, cui si ricorrerà se sarà necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della CdfUE e/o del diritto derivato che "partecipi" della stessa natura costituzionale[68].

È bene ricordare che, nell'ordinanza n. 207/2013, la Corte costituzionale ha dichiarato di avere la natura di organo giurisdizionale di ultima istanza[69] e, come tale, sarà doveroso che – evidentemente ogniqualvolta si rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e a meno che già vi sia una pronuncia interpretativa chiara della Corte di giustizia o giurisprudenza consolidata sul punto di diritto controverso – la Consulta interloquisca con tale giudice, assicurando la giusta valorizzazione dei criteri *CILFIT*[70] ed evitando di sottrarre competenza alla Cor-

[67] V. punto 5.2 del considerato in diritto della sentenza n. 269/2017; punto 2.1 del considerato in diritto della sentenza n. 20/2019; punto 4.3. del considerato in diritto della sentenza n. 63/2019; punti 1 e 2 del considerato in diritto dell'ordinanza n. 117/2019.

[68] V. da ultimo punto 2 dell'ordinanza n. 117/2019.

[69] Ivi espressamente si dichiara che «deve ritenersi che questa Corte abbia la natura di «giurisdizione nazionale» *ai sensi dell'art. 267, terzo comma*, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea anche nei giudizi in via incidentale» (corsivo aggiunto).

[70] V. Corte giust., 6 ottobre 1982, causa 283/81, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335. V. anche Corte giust., 9 settembre 2015, causa C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito e a.*, ECLI:EU:C:2015:565, dove per la prima volta il giudice del Kirchberg ritiene che il mancato rinvio da parte del giudice di ultima istanza configuri una violazione dell'obbligo di cui all'art. 267 TFUE poiché, in presenza di decisioni contradditorie emesse da altri giudici nazionali, il Supremo Tribunal de Justiça portoghese non poteva legittimamente far riferimento alla teoria dell'atto chiaro. Come esempi di decisioni in cui viene fornita dalla Consulta adeguata motivazione del mancato rinvio pregiudiziale

te di giustizia quale "interprete qualificato del diritto dell'Unione" (secondo, del resto, la consolidata giurisprudenza della stessa Corte costituzionale[71]) e altresì di incorrere nel rischio di risultati analoghi a quelli cui si è giunti nei confronti della Francia, censurata per inadempimento per mancato rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato là dove non poteva ritenersi soddisfatta la teoria dell'atto chiaro[72]. Tutto ciò, peraltro, in quel «quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia», «dove il concorso di rimedi giurisdizionali arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali», escludendo ogni preclusione, e così anche potendo assicurare, come accennato (*supra*, par. 4), la priorità logica e giuridica della questione di compatibilità comunitaria.

In questa prospettiva, il coinvolgimento della Corte di giustizia pare quantomeno opportuno (*i*) se la Consulta vuole dichiarare l'illegittimità costituzionale della previsione interna contrastante con quella costituzionale e dell'Unione, perché la sua espunzione dal sistema senza interpellare il giudice di Lussemburgo potrebbe privare quest'ultimo della possibilità di valutare la compatibilità della norma con l'ordinamento dell'Unione ed eventualmente anche "salvarla" sulla base di una diversa ponderazione degli interessi in gioco. Ciò anche se tale ultima soluzione potrebbe non essere gradita alla Consulta, ma la decisione di Lussemburgo dovendo – almeno in linea di principio – prevalere su quella di Roma[73], e fatta salva sempre, evidentemente, l'attivazione del controlimite, là dove la posizione delle due Corti non fosse in alcun modo conciliabile.

Così, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia pare doveroso (*ii*) se la Corte costituzionale volesse dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale anche per i profili comunitari, per evitare di essere sconfessata da un successivo (o contestuale) rinvio al giudice del Kirchberg fatto da un giudice comune[74], all'esito del quale potrebbe riscontrarsi un difetto di tutela all'interno del nostro ordinamento costituziona-

v., da ultimo, le sentenze della C. Cost. 15 maggio 2018, n. 99 e 21 dicembre 2018, n. 239 (richiamate in questo senso da G. LATTANZI, "Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi", 2019, reperibile sul sito della Corte costituzionale).

[71] V. *supra*, nota 3.

[72] V. Corte giust., 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:2018:811.

[73] V. Corte giust., sentenze *Global Starnet*, cit., e 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Filipiak*, ECLI:EU:C:2009:719.

[74] Che un rischio siffatto la Consulta lo abbia corso adottando la citata sentenza n. 133/2016 (v. *supra*, nota 13), decidendo per l'infondatezza senza interpellare la Corte di giustizia v. R. MASTROIANNI, "La Corte costituzionale e il giudizio incidentale", cit., p. 7.

le, laddove si rilevasse che il diritto dell'Unione assicura, per l'appunto, una tutela più elevata del diritto rilevante nella specie[75]; tutela che la Consulta potrebbe assicurare – in quell'ottica di «massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico» che ha spinto all'elaborazione dell'*obiter dictum* e alla sua conferma nelle successive pronunce del 2019 – con una pronuncia dotata di efficacia *erga omnes*, recependo le indicazioni del giudice di Lussemburgo previamente adito.

Senza alcuna ombra di dubbio, poi, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sarebbe indispensabile (*iii*) ogniqualvolta si pone un problema di validità di una disposizione di diritto dell'Unione, per non sconfessare (*rectius*, violare) la già menzionata giurisprudenza *Fotofrost*.

Altresì, esso sarebbe doveroso (*iv*) se la Corte costituzionale ipotizzasse il possibile azionamento di un controlimite (si pensi, *mutatis mutandis*, alla Corte costituzionale federale tedesca che si è imposta l'obbligo di rinviare alla Corte di giustizia prima di dichiarare che le istituzioni dell'Unione abbiano adottato un atto *ultra vires*, agendo oltre al principio di attribuzione e, quindi, in violazione della clausola della carta costituzionale tedesca[76]): prima della sua eventuale attivazione, pare infatti indispensabile che il giudice di Lussemburgo, come avvenuto nella saga *Taricco*[77], sia informato delle specificità del nostro ordinamento costituzionale e possa decidere di tutelare la posizione giuridica rilevante, grazie alla Consulta che – certo meglio di un qualsiasi giudice comune, come proprio la saga *Taricco* dimostra – può «contribuire, per la propria parte» ad adiuvare, appunto, la Corte di giustizia a conoscere e rilevare le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e ad interpretare la CdfUE in armonia con esse, secondo quanto previsto dal suo art. 52, par. 4[78]. Del resto, che

[75] Per rimediare ad una situazione siffatta, la Corte costituzionale dovrebbe auspicare di essere nuovamente investita di una questione di legittimità costituzionale e, alla luce della sentenza di Lussemburgo che costituisce *ius superveniens*, "trasformare" la decisione di infondatezza in decisione di accoglimento.

[76] V. decisione del Secondo Senato del 6.7.2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, spec. punto 60. La base di tale impostazione è già contenuta nella sentenza sul trattato di Lisbona (*Lissabon Urteil*: decisione del Secondo Senato del 30.6.2009, 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09), citata in *Honeywell*, dove però l'obbligo in parola è sancito espressamente.

[77] V. ordinanza n. 24/2017 e la sentenza n. 115/2018, quest'ultima emessa dopo la sentenza della Corte di giustizia 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, ECLI:EU:C:2017:936.

[78] V., da ultimo, il punto 2 del considerato in diritto dell'ordinanza n. 117/2019. Nell'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017 la formulazione del passaggio in questione era più ambigua, facendo ipotizzare che il giudice delle leggi intendesse imporre alla Corte di giustizia la propria lettura delle tradizioni costituzionali comuni (sia consentito il rinvio a C. AMALFITANO, "Rapporti di forza tra Corti", cit., p. 20). Ancora rispetto alla sentenza n. 20/2019 critico su questo punto v., ad esempio, G. BRONZINI, "La sentenza n.

questo tipo di collaborazione possa funzionare è già dimostrato – benché in allora il dialogo fosse stato indiretto – da quanto verificatosi nella vicenda *Fragd*[79]: ivi, a fronte della minaccia dell'attivazione del controlimite, la Corte di giustizia procedette, infatti, alla modifica della propria giurisprudenza sulla limitazione degli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali di validità, a garanzia del diritto di difesa e di tutela giurisdizionale effettiva fatto valere dalla nostra Corte costituzionale[80].

Una sintesi condivisibile del comportamento che il giudice delle leggi dovrebbe avere – oltre che del riallineamento alla giurisprudenza di Lussemburgo (dopo l'*obiter dictum* della sentenza n. 269 e i successivi e progressivi passaggi delle sentenze nn. 20 e 63 del 2019)[81] – si trova nell'ordinanza n. 117/2019[82], dove si pongono due quesiti pregiudiziali,

20/2019 della Corte costituzionale", cit. Tuttavia, a partire da tale pronuncia, la posizione della Consulta pare decisamente formulata in termini più "collaborativi", nel senso di cui nel testo. In dottrina, a favore di siffatta collaborazione, potendo la Consulta, tramite il rinvio pregiudiziale, contribuire alla esatta determinazione della portata della norma dell'Unione e a far valere dinanzi alla Corte di giustizia e le peculiarità delle tradizioni costituzionali nazionali di cui è custode v., per tutti, v. R. LUZZATTO, "Diritto comunitario e diritto interno", cit., p. 39; V. ONIDA, "Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale", cit., p. 62 ss.; P. CARETTI, "Corte e rinvio pregiudiziale", cit., p. 150; R. CHIEPPA, "Nuove prospettive per il controllo di compatibilità comunitaria da parte della Corte costituzionale", in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 175 ss., spec. p. 200; F. SORRENTINO, "La Corte e le questioni pregiudiziali", cit., p. 477.

[79] V. C. cost., 21 aprile 1989, n. 232.

[80] La Consulta riteneva che l'art. 177 CEE, nella misura in cui consentiva alla Corte di giustizia di limitare l'efficacia *ex tunc* della dichiarazione di invalidità di un regolamento comunitario fino al punto di renderla inoperante nel giudizio principale che ha provocato la pronuncia incidentale, rischiasse di vulnerare il diritto di difesa, *sub specie* la garanzia del poter agire in giudizio, che rappresenta un diritto inalienabile della persona. Essa rilevò quindi che «una volta riconosciuta l'importanza del procedimento previsto dall'art 177 del Trattato ai fini della realizzazione di un compiuto sistema di tutela giurisdizionale a garanzia dei diritti dei singoli nell'ordinamento comunitario, non può non apparire in *contraddizione* con la natura stessa di una sentenza pregiudiziale, e con la relazione necessaria che intercorre fra giudizio incidentale e giudizio principale, l'ipotesi in cui la sentenza emanata nel giudizio incidentale non possa trovare applicazione nel giudizio incidentato che l'ha provocata» (punto 4 del considerato in diritto, corsivo aggiunto). E dichiarò che il fatto che l'ordinamento comunitario non tuteli diritti fondamentali che sono invece tutelati da quello costituzionale "è sommamente improbabile ma pur sempre possibile" (punto 3.1 del considerato in diritto) e che laddove ciò si riscontrasse la normativa nazionale dovrebbe prevalere su quella comunitaria. La Corte di giustizia, come anticipato, modificò la propria giurisprudenza e giunse ad ammettere che della sua pronuncia di invalidità (quand'anche valevole solo per il futuro) potesse comunque giovarsi la parte nel procedimento *a quo*.

[81] V. *supra*, nota 27.

[82] S. CATALANO, "Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità", cit., p. 7 ss., rileva come siffatta ordinanza pare testimoniare la consapevolezza della Consulta circa il fatto che, per riacquisire centralità nella tutela dei diritti della persona, deve esse-

uno di interpretazione[83] e (per la prima volta da parte della Corte costituzionale) uno di validità[84]; e dove si subordina alla risposta del giudice di Lussemburgo la dichiarazione di illegittimità costituzionale o – mi pare di poter intendere tra le righe dell'ordinanza – l'azionamento del controlimite, *rectius* – se vogliamo parlare di controlimite in senso stretto, per come esso è stato originariamente elaborato, solo nei casi di mancata tutela di un diritto fondamentale[85] – l'affermazione di una tutela del diritto rilevante nella specie più elevata di quella garantita dall'ordinamento dell'Unione: ciò, qualora la lettura suggerita dalla Corte costituzionale (che chiaramente afferma che il diritto al silenzio, che viene in rilievo nel caso sottoposto al suo vaglio, appartiene «al novero dei diritti inalienabili della persona che caratterizzano l'identità costituzionale italiana»[86]) non dovesse essere accolta dalla Corte di giustizia.

re disponibile ad interloquire direttamente con la Corte di giustizia, specie al fine di non essere sconfessata da quest'ultima che fosse comunque investita di una questione pregiudiziale da un giudice comune. L'A. auspica altresì che la Consulta faccia un uso generoso del rinvio pregiudiziale.

[83] La Consulta chiede alla Corte di giustizia di stabilire «se l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretati nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva"», dal momento che la sanzione in ipotesi siffatta sarebbe contraria, secondo il giudice delle leggi, al diritto al silenzio, «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa» nel nostro ordinamento costituzionale (punto 7.1 del considerato in diritto). Si noti che la possibile violazione di siffatto diritto fondamentale – secondo l'impostazione "269 temperata" che devia da *Granital* – legittima, come visto, la rimessione alla Corte costituzionale anche se il conflitto potrebbe porsi con una norma dell'Unione direttamente applicabile.

[84] La Consulta chiede alla Corte di giustizia di verificare «se, in caso di risposta negativa [alla] prima questione, l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento (UE) n. 596/2014 siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva"».

[85] V. C. cost., n. 232/1989, cit.; nonché già, benché con riguardo ai rapporti con il diritto internazionale, *sub specie* i Patti Lateranensi, v. C. cost., 2 febbraio 1982, n. 18.

[86] V. punto 7.1 del considerato in diritto dell'ordinanza in esame.

8. Una possibile (?) diversa interazione del giudice comune con la Corte costituzionale idonea a conciliare esigenze di immediatezza della tutela e di certezza del diritto

Sempre in quell'ottica di massimizzazione della tutela che, come si è detto, ha ispirato il cambio di rotta del nostro giudice delle leggi, credo potrebbe essere opportuno interrogarsi oggi sulla possibilità di immaginare una diversa declinazione del rapporto "triangolare" tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale o anche, volendo e più semplicemente, tra giudice comune e Corte costituzionale; rapporto che si estrinsechi in una "*formula binaria*" capace di conciliare le esigenze di immediatezza e di effetto utile sottese all'art. 267 TFUE (e perseguite dalla Corte di giustizia, *in primis* con la regola della disapplicazione, ricorrendone i presupposti) con le esigenze di certezza del diritto (care, in particolare, alla nostra Corte costituzionale).

Già oggi, sulla base della giurisprudenza di Lussemburgo, è possibile, come visto, un "*sistema parallelo*" in cui, mentre un giudice decide di (o è obbligato a) rivolgersi in prima battuta alla Corte costituzionale, un altro giudice (resta libero di) ricorre(re) alla Corte di giustizia o anche immediatamente disapplica(re) la norma interna contrastante con quella dell'Unione europea se ne ricorrono i presupposti. E benché ci si possa chiedere come siano realmente conciliabili (*almeno in un sistema costituzionale come quello italiano, dove la disapplicazione esclude – o forse ormai si dovrebbe dire ha escluso, sino all'*obiter *di cui alla sentenza n. 269 – la rilevanza della questione di costituzionalità*) il dovere di disapplicare con la possibilità o lo stesso obbligo di rimettere (anche previamente) alla Corte costituzionale, e (volendo) come in caso di obbligo di disapplicazione il giudice delle leggi possa dichiarare l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale ad esso sottoposta (ricorrendo i presupposti per disapplicare, la questione dovrebbe essere non rilevante), si è visto che un siffatto sistema parallelo è, appunto, ammesso dalla Corte di giustizia, che evidentemente (specie rispetto a ordinamenti costituzionali con caratteristiche di funzionamento non necessariamente sovrapponibili a quelle nostrane) ritiene che non siano ostacolate effettività ed immediatezza della tutela se anche un giudice decidesse o, appunto, fosse obbligato a ricorrere al giudice delle leggi in base alle regole processuali nazionali, purché in linea generale e astratta sia sempre possibile (da parte almeno di giudici diversi da quello che, tendenzialmente per primo, avrà rimesso la questione alla Corte costituzionale) disapplicare la norma interna palesemente confliggente con quella dell'Unione direttamente applicabile o dotata di effetto diretto.

Mi chiedo se sia immaginabile un diverso sistema dove (non necessariamente nei soli casi di violazione di diritti fondamentali, ma anche rispetto a qualunque violazione di norme dell'Unione aventi le caratteristiche da ultimo richiamate) lo stesso giudice che decide (eventualmente dopo un rinvio pregiudiziale[87]) per la *disapplicazione* (non provvisoria, già oggi possibile – *rectius*, doverosa in base a *Melki e Adbeli* e *A* se occorre tutelare una posizione giuridica a rischio di pregiudizio[88], bensì) *definitiva*, possa *al contempo sollevare una questione di legittimità costituzionale* per far espungere dall'ordinamento con efficacia *erga omnes* la norma che si ritenga lesiva di disposizioni dell'Unione e quindi dell'art. 11, e volendo dell'art. 117, Cost.

Si tratta di soluzione già esplorata dalla dottrina costituzionalistica con diversi accenti e sfumature[89] e che, al fine di poter trovare concretizzazione, richiederebbe necessariamente il venir meno del presupposto della rilevanza nei giudizi di legittimità costituzionale e, quindi, un in-

[87] Opportuno per accertare le caratteristiche anzidette della rilevante norma dell'Unione (che già non sia passata al vaglio del giudice di Lussemburgo) e ridurre i rischi che la decisione del giudice comune sia poi disattesa dalla Corte costituzionale che potrebbe ritenere infondata la questione di legittimità costituzionale. Resta ferma la "naturale" (ed eccezionale) possibilità (in base alla consolidata giurisprudenza costituzionale) che la decisione di disapplicazione sia smentita laddove la Consulta decida di invocare un controlimite o anche solo minacciarne l'attivazione, per indurre la Corte di giustizia a rivedere la propria posizione, come avvenuto nella "saga *Taricco*" e come parrebbe leggersi, come detto, tra le righe dell'ordinanza n. 117/2019.

[88] Si ricordi che anche la nostra Corte costituzionale ritiene ammissibili questioni di legittimità costituzionale sollevate previa adozione di una misura cautelare: v., ad esempio, C. cost., 5 dicembre 2014, n. 274; 10 giugno 2014, n. 162; 9 maggio 2013, n. 83; in tempi più risalenti, C. cost., 12 ottobre 1990, n. 444.

[89] V., in particolare, R. ROMBOLI, "I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli", relazione presentata al Seminario Italo-Hispano-Brasileno, *La proteccion de los derechos en un ordenamiento plural* (Barcelona, 17-18 octubre 2013), che (a dire il vero per qualsiasi tipo di violazione della Costituzione, prospettando il passaggio da un modello di giustizia costituzionale "misto" a uno "duale") propone un sistema in cui ai giudici comuni sia data facoltà di scegliere, in alternativa, tra disapplicazione e rimessione alla Consulta, mentre per i giudici di ultima istanza dovrebbe vigere l'obbligo di disapplicare (ricorrendone i presupposti) e altresì (cumulativamente, dunque, e con eliminazione del requisito della rilevanza) quello di rimettere la questione alla Corte costituzionale. A. RUGGERI, "Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a fare da paciere tra le Corti?", cit., p. 160 ss., nel prospettare il cumulo di disapplicazione e rimessione alla Corte costituzionale (anche per soddisfare in maniera risolutiva il primato del diritto dell'Unione europea), si chiede se tale soluzione (la cui delicatezza necessita di un intervento del legislatore) dovrebbe essere delineata nel senso di riconoscere solo efficacia provvisoria alla decisione di disapplicazione del giudice comune (assimilandola, quindi, ad una misura cautelare) o se, invece, essa dovrebbe acquisire autorità di cosa giudicata e la decisione con effetti *erga omnes* della Consulta valere poi per giudizi diversi da quello che, in un certo qual modo, la ha originata.

tervento del legislatore modificativo della legge n. 87/1953. Ciò, forse, a meno di ritenere – come da alcuni sostenuto in passato[90], e benché si tratti di tesi non ripresa in anni più recenti né avallata dalla prassi giurisprudenziale costituzionale – che, poiché la legge cost. n. 1/1948 non impone il requisito della rilevanza (introdotto dalla legge del 1953, ma solo quello della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale), sia già oggi immaginabile anche un *intervento del giudice delle leggi in funzione di garanzia della conformità dell'ordinamento con la Costituzione* (come sarebbe, in buona sostanza, quello qui prospettato), a prescindere, perciò, da una effettiva pregiudizialità della questione di legittimità ai fini della soluzione della controversia dinanzi al giudice *a quo*[91]. Tale controversia, come detto, verrebbe infatti risolta con disapplicazione della norma interna contrastante, ma siffatta "composizione" del giudizio (che ne impedirebbe la sospensione, in assenza di rilevanza) non dovrebbe impedire un'iniziativa dell'autorità procedente slegata, appunto, dalla soluzione del processo (eventualmente da collocarsi temporalmente prima della chiusura dello stesso) e finalizzata alla rimozione di tale norma dall'ordinamento da parte del giudice delle leggi con una de-

[90] V. G. ZAGREBELSKY, "La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale", in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, p. 1001 ss.; F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, "Non manifesta infondatezza" e "rilevanza" nell'instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi", Milano, 1974, p. 122 ss.

[91] F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, "Non manifesta infondatezza", cit., p. 124 ss., evidenziano come la legge cost. n. 1/1948 dispone che una questione di costituzionalità possa essere sollevata d'ufficio dal giudice quando sorga «nel corso del giudizio» e come la legge n. 87/1953, introducendo la condizione della rilevanza (art. 23), "chiude" (*rectius*, sembra "chiudere" e, per come applicata, effettivamente "chiude") al possibile utilizzo della questione di legittimità al fine di garantire la compatibilità dell'ordinamento con la Costituzione, ovvero l'interesse generale all'eliminazione da esso delle norme incostituzionali; garanzia che potrebbe assicurarsi ammettendo anche questioni che vertono su disposizioni prese in esame dal giudice «nel corso del giudizio», ma non necessariamente utili ai fini della decisione (ovvero su disposizioni diverse da quella poi concretamente applicabile per la soluzione della controversia). Si potrebbe tuttavia immaginare – secondo gli AA. – che la legge cost. n. 1/1948 possa continuare ad operare per perseguire la finalità indicata, applicandosi la legge del 1953 solo per quegli aspetti procedurali che non appaiono diretta conseguenza della scelta operata dal suo art. 23 (ed escludendosi pertanto, *in primis*, il dovere di sospensione del giudizio *a quo*, che risulterebbe «incongruo, poiché, essendo possibile pervenire alla definizione della causa a prescindere dalla decisione della Corte, l'eventuale sospensione apparirebbe lesiva dell'interesse al rapido svolgimento dei processi»). G. ZAGREBELSKY, "La rilevanza", cit., p. 1011, in alternativa alla soluzione testé richiamata, prospettava una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 23 della legge del 1953 (per contrasto con la legge cost. n. 1/1948) nella parte in cui introduce la rilevanza come condizione necessaria di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale.

cisione avente efficacia *erga omnes* e capace di soddisfare la finalità testé indicata[92].

Forse si tratta di soluzione eccessiva? E che la Consulta non accoglierebbe con favore nella misura in cui la sua decisione sarebbe di fatto anticipata (salva sempre l'eventuale attivazione del controlimite) dalla scelta definitiva di disapplicare operata dal giudice *a quo*?[93] Anche se essa, quanto meno, sarebbe coinvolta nel "dialogo" e, almeno laddove la violazione fosse assolutamente palese, l'intervento del giudice delle leggi cristallizzerebbe con efficacia *erga omnes* la soluzione di fatto obbligata anche e già per i giudici comuni. Forse, come anticipato *supra* (par. 6) in relazione alla possibile estensione dell'orientamento "269 temperato", sarebbe comunque preferibile l'intervento sistematico del legislatore per abrogare la norma interna contrastante con il diritto dell'Unione? Forse si tratta di soluzione prematura ed è meglio attendere gli sviluppi giurisprudenziali e poi, alla luce della prassi (e degli eventuali assestamenti) che si andrà(nno) delineando, verificarne la reale opportunità e fattibilità?

Certo è che, per tale via, si assicurerebbero *l'immediatezza e l'effettività della tutela* (tramite la disapplicazione, soddisfacendo l'obbligo fissato dalla Corte di giustizia) e *al contempo* (anche in tempi più rapidi di quelli attuali dove le scelte di disapplicazione e di rimessione alla Corte costituzionale sono operate da due giudici diversi) la sua *massimizzazione* non solo in termini di *garanzia del livello di tutela più elevato possibile*, ma anche di *applicazione di tale standard di tutela a 360 gradi*, per il tramite di una pronuncia con efficacia *erga omnes* della Corte costituzionale idonea ad assicurare la certezza del diritto ed evitare le disparità di trattamento, che non sempre (come visto, *supra*, par. 6) si riescono a garantire/evitare a valle d(i qu)elle sentenze della Corte di giustizia che, pur dotate anch'esse di tale efficacia, lasciano un margine di manovra eccessivamente ampio al giudice comune.

[92] Oltre che garantire in misura più «risolutiva» (per dirla con A. RUGGERI, v. *supra*, nota 89) il primato del diritto dell'Unione. Anche se, a ben vedere, per la Corte di giustizia il primato si può benissimo garantire attraverso la disapplicazione e quindi, come peraltro già evidenziato in apertura del paragrafo, tale soluzione soddisferebbe innanzitutto le esigenze di certezza del diritto care alla Corte costituzionale (per quanto non estranee, come subito si dirà, all'ordinamento dell'Unione).

[93] Peraltro, non è che situazioni siffatte già non possano riscontrarsi – come ricordato in apertura di questo par. – nel quadro normativo e giurisprudenziale vigente, seppur con riguardo a scelte, rispettivamente, di disapplicazione e di rimessione alla Corte costituzionale effettuate da giudici diversi. Ciò è quanto accaduto di recente in tema di indennità di maternità e assegno di natalità, dove – a fronte di diversi casi di disapplicazione ad opera di giudici comuni, la Corte di Cassazione ha deciso di sollevare questione di legittimità costituzionale: v. Cass., sez. lavoro, 17 giugno 2019, n. 16163 e n. 16164.

Del resto, la certezza del diritto è un valore proprio anche dell'ordinamento dell'Unione[94] e, come la stessa Corte di giustizia ci insegna, la *finalità del rinvio pregiudiziale* – che costituisce il presupposto "fisiologico" della disapplicazione – non è solo quella di assicurare *l'efficacia piena ed immediata del diritto dell'Unione*, ma anche *l'uniformità della sua interpretazione e applicazione*[95], che – con la fattiva e leale collaborazione della Corte costituzionale – meglio potrebbe in concreto perseguirsi.

[94] Si tratta di principio generale di diritto, desunto dalla Corte di giustizia dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, su cui sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *La certezza del diritto nel diritto dell'Unione europea*, in (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani* (a cura di Triggiani, Cherubini, Ingravallo, Nalin, Virzo), Bari, 2017, p. 497 ss.

[95] V., per tutti, Corte giust., 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost*, cit., punto 15; parere 2/13 del 18 dicembre 2014, *Adesione dell'Unione alla CEDU*, EU:C:2014:2454, punto 176 e giurisprudenza ivi citata.

SULL'INTERPRETAZIONE DELLE CONVENZIONI E DELLE NORME DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

Antonietta DI BLASE*

SOMMARIO: 1. I criteri di interpretazione delle convenzioni di diritto internazionale privato. – 2. L'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'interpretazione delle norme di diritto internazionale privato di origine nazionale. – 3. Limiti e antinomie nella giurisprudenza della Corte di giustizia a fronte della necessità di coerenza del sistema. – 4. Gli sviluppi derivanti dall'ampliamento della sfera di applicazione delle norme di diritto internazionale privato oltre i confini tradizionali e consolidati dell'integrazione giudiziaria nel campo civile e commerciale. – 5. La chiave interpretativa quale strumento per regolare situazioni oggetto di una normativa difforme nei diversi Stati membri in presenza di lacune dello 'spazio di giustizia' dell'Unione europea: *a*) il matrimonio omosessuale. – 6. (*Segue*): *b*) la kafalah. – 7. Le convenzioni di diritto internazionale privato e processuale con Stati terzi e i vincoli interpretativi derivanti dalla partecipazione al sistema di giustizia europeo: *a*) convenzioni concluse dagli Stati membri delle quali l'Unione europea non è parte contraente. – 8. (*Segue*): *b*) l'interpretazione delle convenzioni delle quali l'Unione europea è parte contraente in sostituzione degli Stati membri. – 9. (*Segue*): *c*) Brexit e interpretazione delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale.

1. I criteri di interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto internazionale privato

Fra i criteri indicati dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati assume speciale rilievo ai fini della interpretazione delle convenzioni di diritto internazionale privato l'obiettivo ('*object and purpose*': art. 31, par. 2), che si ricava, oltre che dal contesto, anche dalle altre convenzioni internazionali stipulate tra gli stessi Stati in materie affini (art. 31, par. 3 lett. *a*). L'obiettivo principale alla base delle convenzioni di diritto internazionale privato è quello di pervenire a soluzioni comuni, assicurando l'uniformità nella regolamentazione di situazioni transnazionali che presentino caratteri simili, ottemperando in tal modo all'esigenza di certezza

* Professore, Università degli Studi Roma Tre.

e prevedibilità. In questa ottica assumono una rilevanza significativa la prassi giurisprudenziale ('*subsequent practice*': art. 31, par. 3 lett. *b*) e il ruolo del giudice, fino a individuare nella giurisprudenza una funzione di integrazione della normativa e di impulso alla graduale introduzione dei necessari elementi innovativi. Di qui la necessità per l'interprete di ridimensionare il ruolo della tradizione giuridica propria di ciascun ordinamento statale, dando rilievo prevalente alla la volontà degli Stati di raggiungere soluzioni comuni.

La necessità di una ricostruzione logico-giuridica delle norme convenzionali, svincolata dalla tradizione giurisprudenziale dei singoli Stati si può sintetizzare nel principio dell'autonomia dell'interpretazione. Sul tema esiste una ormai estesissima letteratura[1]. Una formulazione del criterio dell'uniformità è contenuta nella Convenzione dell'Aja del 2 luglio 2019 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, il cui art. 20 ('*uniform interpretation*') stabilisce che «*in the interpretation of this Convention, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application*»[2]. Tale affermazione era già presente nel Rapporto di Peter Nygh e Fausto Pocar del 30 ottobre 1999, elaborato per conto della Commissione speciale incaricata di approfondire i problemi relativi alla adozione di una Convenzione sulla giurisdizione e il riconoscimento delle sentenze straniere in materia civile e commerciale[3]. Una presa di posizione più articolata è contenuta nel rapporto esplicativo preliminare, nel quale si sottolinea l'autonomia rispetto al diritto nazionale e la necessità di tener

[1] Si vedano le considerazioni generali di F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale, I, Parte generale e obbligazioni*, VIII[a] ed., Torino, 2017, pp. 33-37, cui si fa riferimento anche per i riferimenti bibliografici.

Sulla necessità di superare la 'divaricazione dei processi interpretativi' prodotta dal 'particolarismo delle tradizioni giuridiche nazionali' cfr. la Relazione di Antonio Tizzano sui Protocolli relativi all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in GUCE 1990, C 219, pp. 5-6. L'a. ha fatto riferimento alla funzione unificatrice delle convenzioni di diritto internazionale privato in genere (p. 5), sottolineando altresì il collegamento di detta Convenzione al sistema giuridico comunitario.

[2] Negli stessi termini la formulazione dell'art. 23 della Convenzione dell'Aja del 30 giugno 2005 sugli accordi di scelta del foro in materia civile e commerciale.

[3] Hague Conference on Private International Law Enforcement of Judgments, Prel. Doc. No 11 August 2000 (amended version), in< https://assets.hcch.net/upload/wop/jdgmpd11.pdf>. Il rapporto è anche in allegato al volume *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments* (a cura di Pocar e Honorati), Padova 2005, p. 211 ss. Cfr. anche le osservazioni contenute nel Rapporto A. Garcimartín e G. Saumier (HCCH Preliminary Doc. No. 1, December 2018, XXIInd Session, 18 June-19 July 2019), par. 150 (sulla interpretazione del criterio della 'habitual residence' e *passim*).

conto della coerenza del sistema dell'Aja[4]. Peraltro, già nell'art. 38 della proposta di convenzione si menzionava la necessità di promuoverne una applicazione uniforme e nel successivo art. 39 si prevedeva l'obbligo degli Stati di inviare le pronunce di maggiore rilevanza al Bureau permanente della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, per consentire ad una Commissione speciale la formulazione di raccomandazioni circa le modalità di applicazione della Convenzione[5].

Questa impostazione deve accompagnare l'operato del giudice sia nella valutazione delle materie oggetto della convenzione da interpretare, sia nella qualificazione delle fattispecie da esaminare. La mancata conformità della interpretazione e applicazione con il senso e gli obiettivi della convenzione potrebbe comportare il sorgere di una responsabilità dello Stato per inadempimento[6]. Tuttavia sono rari i casi nei quali la violazione di una convenzione di diritto internazionale privato è stata oggetto di ricorso davanti ad una giurisdizione internazionale. Si può ricordare il caso *Boll* (*Paesi Bassi c. Svezia*) deciso dalla Corte internazionale di giustizia con la sentenza del 28 novembre 1958[7]. Le autorità svedesi, che avevano applicato a un bambino di nazionalità olandese, residente in

[4] Fourth Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments 24-29 May 2018, Preliminary Document No. 10 of May 2018 < https://assets.hcch.net/docs/9b2aa8a9-cd20-495f-b9ce-c0917c1e4e85.pdf>. par. 26: «*Autonomous meaning*. The application of the draft Convention requires that the courts of the requested State decide whether a judgment relates to civil or commercial matters. In making this determination, courts should consider the need to promote uniformity in the application of the draft Convention. Accordingly, the concept of 'civil or commercial matters', like other legal concepts used in the draft Convention, must be defined autonomously, i.e., by reference to the objectives of the draft Convention and its international character, and not by reference to national law. This ensures a uniform interpretation and application of the draft Convention. Furthermore, the interpretation of those terms should be applied consistently across other Hague instruments, in particular the 2005 Choice of Court Convention».

[5] V. il Progetto del 1966 in <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/jurisdiction-project>.

[6] Cfr. sul punto le osservazioni di S. BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova 1986, p. 110, sulla responsabilità dello Stato conseguente alla violazione delle norme di diritto internazionale privato.

[7] ICJ, *Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants* (*Netherlands v. Sweden*), Judgment of November 28th, 1958, I.C.J. *Reports* 1958, p. 55 ss. Non viene menzionato nel testo il caso *Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* (*Belgium v. Switzerland*), su ricorso del Belgio del 21 dicembre 2009, relativo al mancato rispetto da parte della Svizzera della Convenzione di Lugano 1988: il 5 aprile 2011 la causa è stata cancellata dal ruolo su richiesta del Belgio, di concerto con la Commissione dell'Unione europea. Sull'oggetto delle contestazioni avanzate dal Belgio cfr. F. MARONGIU BUONAIUTI, "Una controversia relativa alla Convenzione di Lugano giunge alla Corte internazionale di giustizia", in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, pp. 454-463.

Svezia, il regime di protezione previsto dall'ordinamento ricoverandolo in un istituto, erano state accusate dal padre del bambino, in concorso con il vice-tutore nominato dal giudice olandese, di violazione della Convenzione dell'Aja del 12 giugno 1902 sulla tutela dei minori. Secondo il Governo dei Paesi Bassi, la Svezia aveva violato l'obbligo stabilito da detta convenzione di applicare la legge nazionale del minore. La Corte ha escluso l'illiceità dell'operato degli organi svedesi, sulla base di una interpretazione della materia oggetto della Convenzione del 1902. Obiettivo di quest'ultima, secondo la Corte, era l'introduzione di una disciplina uniforme in materia di tutela del minore, mentre erano escluse le misure di protezione di rilievo pubblico (come l'interdizione da spettacoli non adatti ai minori, l'obbligo scolare, il lavoro dei minori) per le quali era da considerare legittima la scelta della Svezia di provvedere applicando la *lex fori*[8].

La tematica relativa alla applicazione e interpretazione delle norme convenzionali di diritto internazionale privato e delle norme comunitarie in materia è stata al centro di numerosi casi affrontati nel contesto della cooperazione giudiziaria e della armonizzazione delle norme di conflitto nell'Unione europea. In tale ambito, che verrà di seguito indicato con l'espressione 'spazio di giustizia', il criterio dell'autonomia interpretativa assume caratteri peculiari, essendo questa finalizzata non soltanto al conseguimento degli obiettivi sui quali si fondano le norme da applicare, ma anche alla tenuta e allo sviluppo della stessa integrazione europea, della quale l'autonomia interpretativa rappresenta uno strumento fondamentale[9]. Ciò non implica necessariamente l'abbandono delle categorie giuridiche proprie degli ordinamenti nazionali. Infatti, il metodo 'autonomo' si accompagna talvolta al richiamo presente nelle stesse norme

[8] Una diversa utilizzazione del termine 'measures' contenuto nella Convenzione del 1902 è stata proposta nella relazione di M.W. Steiger con riferimento al progetto di revisione della Convenzione (in seguito approvata come Convenzione dell'Aja sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori del 1961): si suggeriva di allargare l'ambito di applicazione delle norme di conflitto in materia di protezione dei minori, comprendendo anche degli interventi di carattere 'pubblico', come il ricovero del bambino presso istituti di accoglienza. Il rapporto di Steiger si può leggere in <https://assets.hcch.net/upload/expl10f.pdf>. La Convenzione del 1961 non ha avuto successo: entrata in vigore nel 1965, è stata ratificata soltanto da 14 Stati (tra i quali l'Italia).

[9] Sulla necessità di una interpretazione autonoma della disciplina uniforme europea di diritto internazionale privato con riferimento al Reg. 44/2001, cfr. P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale*, Padova, 2006, spec. pp. 69-71, cui si rinvia per i riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

comunitarie alle norme nazionali e ai concetti ivi impiegati, laddove quelle norme non siano 'autosufficienti' ai fini della loro applicazione[10].

L'autonomia della interpretazione nel contesto dello spazio di giustizia è collegata alle specifiche caratteristiche della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia. Il mancato ricorso alla procedura pregiudiziale o il mancato adeguamento non possono subire vincoli derivanti dalla tradizione giudiziaria dello Stato, che non esimono lo Stato da eventuali responsabilità per mancata sottoposizione di questioni interpretative alla procedura pregiudiziale[11]. L'illecito viene considerato alla luce del possibile impatto sulla tenuta del sistema, in un'ottica proiettata sulle possibili conseguenze non soltanto relativamente al caso di specie, ma anche relativamente ai casi dello stesso tipo che potrebbero ricevere anch'essi delle soluzioni deviate determinando il venir meno dell'efficacia delle norme. Il meccanismo della competenza pregiudiziale previene le ricadute dell'erronea interpretazione che possono dar luogo alla responsabilità dello Stato. Diversa è la prospettiva nella quale si muove la CIG o la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), la cui valutazione circa la corretta interpretazione e applicazione delle norme viene riferita alle conseguenze dannose della avvenuta violazione degli obblighi convenzionali.

L'integrazione europea in materia di diritto internazionale privato e processuale è ormai ad uno stadio assai avanzato grazie all'ampiezza delle competenze affidate all'UE. Pertanto, nell'esaminare le principali tendenze interpretative della giurisprudenza nazionale non si può fare a meno di considerare che il giudice nazionale fa parte di un sistema integrato e che svolge un ruolo fondamentale il confronto con le statuizioni della Corte di giustizia, istituzione comune preposta alla uniformità della applicazione delle norme, contenute sia nelle cd. convenzioni 'comunitarie' (Convenzione di Bruxelles del 1968 – le cui norme sono state inglobate nei regolamenti 44/2001 e 1215/2012 – e Convenzione di Lugano

[10] *Ibid.*, p. 74.

[11] Come ha affermato la Corte di giustizia nella sentenza del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, in ECLI:EU:C:2003:513, una responsabilità dello Stato può derivare dalla emanazione di una sentenza non conforme ad una corretta interpretazione del diritto comunitario, emanata senza aver richiesto una pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia, qualora dalle circostanze si evinca il carattere manifesto della violazione dell'obbligo di sottoposizione alla Corte. A giudizio della Corte di giustizia, tale carattere non sussisteva nel caso di specie. Cfr. C. SCHEPISI, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Trieste, 2003, p. 137 ss., che configura la mancata ottemperanza all'obbligo di rinvio pregiudiziale come una violazione dell'obbligo di cooperazione giudiziale per il conseguimento dell'uniformità interpretativa e applicativa del diritto comunitario negli Stati membri, e sottolinea l'assenza di mezzi adeguati per la tutela dei privati a fronte di tale violazione.

1988 e 2007), sia nei regolamenti adottati nell'esercizio delle competenze relative alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (che indicheremo sinteticamente con l'espressione 'spazio di giustizia').

Prima ancora che le regole comunitarie in materia di giurisdizione e di legge applicabile fossero codificate in regolamenti, come tali assoggettati alla competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, la Convenzione di Bruxelles stipulata nel 1968 fra gli Stati membri secondo quanto previsto nell'art. 220 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (e per questo definita convenzione 'comunitaria') era stata corredata da un protocollo che stabiliva la competenza della Corte di giustizia ad interpretare le norme di quella convenzione a titolo pregiudiziale (Protocollo del 3 giugno 1971)[12]. L'esigenza di assicurare l'utilizzazione dello strumento pregiudiziale era sentita anche riguardo alla Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e alla Convenzione di Lugano del 1988 (riveduta nel 2007)[13], della quale sono parti contraenti l'Unione europea e gli Stati dell'EFTA, per le quali sono stati adottati dei protocolli di interpretazione, anche se tali protocolli non hanno garantito alla Corte di giustizia nei confronti degli Stati non membri dell'Unione europea un ruolo paragonabile a quello svolto rispetto alle regole di Bruxelles sulla giurisdizione e il riconoscimento delle sentenze[14].

[12] Ci si riferisce alla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, entrata in vigore nel 1971. Il Protocollo di Lussemburgo del 3 giugno 1971, in vigore dal 1975, ha attribuito alla Corte di giustizia la competenza ad interpretare la Convenzione di Bruxelles. Sull'esigenza dell''allineamento interpretativo' tra l'interpretazione delle norme della Convenzione di Bruxelles e quelle del diritto comunitario materiale cfr. P. BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano 2005, spec. p. 439 ss., che alla luce di una ampia analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, giustifica l'allineamento interpretativo della Corte in base alla connessione della convenzione con il diritto comunitario.

[13] Nel Protocollo 2 allegato alla Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007, (ratificata dall'Unione Europea con decisione del Consiglio del 27 novembre 2008), si stabilisce all'art. 1 che i giudici degli Stati aderenti devono tenere «debitamente conto dei principi definiti dalle pertinenti decisioni dei giudici degli Stati vincolati dalla Convenzione e della Corte di giustizia delle Comunità Europee in relazione a dette disposizioni o a disposizioni analoghe della convenzione di Lugano del 1988 o degli atti normativi di cui all'art. 64, paragrafo 1, della presente convenzione».

[14] Come è noto, la disciplina contenuta nella Convenzione di Roma del 1980 è oggi contenuta nel Reg. Roma 594/2008 (cd. Roma I). Si carattere 'comunitario' della Convenzione di Roma cfr. le osservazioni di R. BARATTA, "Sull'adattamento del diritto interno alla Convenzione di Roma", in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (a cura di Ballarino), Milano, 1994, cit., p. 140-143. Sui protocolli allegati alla Convenzione di Lugano v. *infra*, par. 9.

Alla base dell'adozione dei suddetti protocolli vi è l'obiettivo di progredire nell'integrazione tra gli Stati membri e tra questi e Stati terzi del continente europeo attraverso il conferimento della competenza pregiudiziale alla Corte di giustizia anche riguardo a dette convenzioni[15], per i riflessi della loro applicazione sul funzionamento del sistema dell'Unione europea.[16]

Partendo da queste considerazioni generali, il presente contributo si propone di mettere in luce taluni elementi che evidenziano l'atteggiamento della giurisprudenza nazionale – soprattutto quella italiana – messa a confronto con l'interpretazione delle norme convenzionali e comunitarie di diritto internazionale privato. Per quanto riguarda i rapporti con la Corte di giustizia, soprattutto in alcune fasi si può notare un pieno allineamento alla giurisprudenza comunitaria. Talvolta, l'obbligo per il giudice di conformarsi all'interpretazione fornita a livello comunitario ha comportato una restrizione della libertà del giudice di aggirare talune contraddizioni presenti nel sistema. Altre volte, invece, il giudice ha svolto una funzione integrativa di lacune presenti nello spazio di giustizia europeo. L'ultima parte è dedicata alla identificazione dei vincoli per le giurisdizioni nazionali nella interpretazione delle convenzioni internazionali concluse con Stati terzi su materie attinenti al diritto internazionale privato e processuale oggetto di regolamenti comunitari.

[15] Taluni passaggi contenuti nella normativa dell'Unione europea in materia di diritto internazionale privato consentono di cogliere questa dimensione. Cfr. il preambolo del Reg. 2016/1103 in materia di rapporti personali tra coniugi, considerando n. 1, che sottolinea l'importanza dell'obiettivo di conservare e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone e che «[a]l fine di un'istituzione graduale di tale spazio, l'Unione deve adottare misure nel settore della cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno». Ciò sottintende che la mancata attuazione dello spazio di giustizia anche in materia di rapporti di famiglia, potrebbe costituire un ostacolo – di tipo 'occulto' – alla libera circolazione delle persone.

[16] Un caso di applicazione della disposizione dell'art. 6 della Convenzione di Lugano è l'ordinanza della Corte di Cassazione del 18 marzo 2019, n. 7621(paragrafi 30 e 31), che ha applicato il criterio di giurisdizione della connessione di cause sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia di interpretazione delle regole di Bruxelles (convenzione di Bruxelles e Reg. 44/2001).

2. L'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'interpretazione delle norme di diritto internazionale privato di origine nazionale

Con riferimento all'opera interpretativa fornita dalla Corte di giustizia, è possibile rilevare che essa ha avuto un impatto anche al di fuori dell'ambito di operatività della Convenzione di Bruxelles, contaminando l'opera di interpretazione di norme di origine statale da parte dei giudici nazionali.

Fin dal momento dell'approvazione della L. 218/95 di riforma del diritto internazionale privato italiano si è manifestata la consapevolezza del legislatore e dei giudici circa la necessità di seguire le regole di interpretazione delle convenzioni internazionali codificate nella Convenzione di Vienna del 1969. Il principio della prevalenza delle convenzioni internazionali, immesse per effetto dell'ordine di esecuzione, sulle norme di origine interna è stato enunciato nell'art. 2 della L. 218/95. Nella relazione al disegno di legge si evidenzia l'esigenza dell'applicazione uniforme delle convenzioni e la necessità di interpretarle evitando l'influenza delle «considerazioni desumibili dall'unità del sistema giuridico italiano». Nella stessa Relazione si sottolinea che il legislatore ha inteso, in alcune materie, operare una estensione della portata delle norme convenzionali, consentendone l'applicazione «a doppio titolo: di rinvio formale,… nonché di recezione materiale», modellando in tal modo la disciplina interna sul contenuto delle convenzioni[17]. Un ampio dibattito ha accompagnato il varo della L. 218/95, colorendo di polemiche l'analisi dell'espressione adottata dal legislatore consistente nel rinvio 'in ogni caso' alle convenzioni di volta in volta richiamate in alcuni articoli della legge (es. articoli 42, 57, 59)[18]. Tale estensione rispondeva, di

[17] La relazione al disegno di legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (Senato della Repubblica, XI[a] legislatura, n. 1192) si può leggere in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in ricordo di Edoardo Vitta* (a cura di Gaja), Milano 1994, p. 401 ss.

[18] Ci limitiamo a citare P. PICONE, "Le convenzioni internazionali nella legge italiana di riforma del diritto internazionale privato", in *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato* (a cura di Salerno), Padova, 1997, pp. 378-415. Data l'efficacia '*erga omnes*' delle norme convenzionali, dal rinvio 'in ogni caso' non discende l'effetto dell'estensione soggettiva della norma richiamata, e pertanto quella formula rivestirebbe valore 'narrativo', ossia di pura informazione per l'interprete. In tal senso l'a. definisce il metodo del richiamo 'in ogni caso' una 'costruzione barocca' qualificabile come 'incorporazione mediante rinvio', contrapposto alla ricezione materiale delle norme nella legge italiana di diritto internazionale privato che comporta l'estensione materiale della efficacia della convenzione oltre i limiti originari. A favore della tesi secondo la quale il rinvio ex art. 57 L. 218/95 porrebbe norme di conflitto corri-

sicuro, all'esigenza, di cui detta relazione ha dato conto, di far convergere sia le norme rivestite della forza vincolante delle convenzioni, sia quelle di origine interna in materie disciplinate dalla convenzione verso una interpretazione uniforme, 'contaminando' l'interpretazione delle norme nazionali di conflitto e sulla giurisdizione.

Uno dei settori nei quali è particolarmente rilevante la 'nazionalizzazione' di norme convenzionali è quello della giurisdizione in materia civile e commerciale, attraverso il richiamo alla Convenzione di Bruxelles del 1968 (successivamente trasfuso nei Regolamenti Bruxelles 1 e 1 *bis*). L'art. 3 della L. 218/95 estende infatti l'applicazione dei criteri di giurisdizione contenuti nella Convenzione di Bruxelles del 1968 alle fattispecie che non sottostanno a quella normativa comunitaria, estendendone in tal modo la portata a situazioni non disciplinate dal sistema di Bruxelles. Tale richiamo, pur non modificando la natura delle disposizioni contenute nella L. 218/95, che restano di origine nazionale, è stato effettuato ritenendo opportuno allineare l'applicazione di quelle disposizioni a quella fornita dalla Corte di giustizia relativamente alle norme di Bruxelles, per evitare disarmonie fra le soluzioni dei casi sottoposti alla quella convenzione e i casi analoghi disciplinati dalla L. 218/95. In tal modo, viene facilitato il compito del giudice e viene assicurata una omogeneità nella regolamentazione di fattispecie transnazionali[19].

La scelta di 'nazionalizzare' le norme di Bruxelles non implica l'obbligo di adire la Corte di giustizia o di conformarsi alla sua interpretazione. Quest'ultima ha avuto la possibilità di esprimersi al riguardo nel caso *Kleinwort c. Benson*, sottoposto alla Corte di giustizia da un giudice inglese. Era stata prospettata la questione se il giudice potesse richiedere alla Corte di giustizia una pronuncia interpretativa in sede pregiudiziale

spondenti alla convenzione, ma nazionali per origine e natura, cfr. S. BARIATTI, "Le norme generali della legge n. 218 e le convenzioni internazionali applicabili 'in ogni caso'", in *Convenzioni internazionali*, cit., pp. 369-375, spec. p. 370 s.

[19] Sull'effetto di 'trascinamento' dei criteri esegetici sviluppati dalla Corte di giustizia nell'interpretazione delle norme comunitarie uniformi sull'interpretazione delle norme di diritto internazionale privato statali cfr. A. GIARDINA, 'Il rinvio alle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale', in *Convenzioni internazionali*, cit., p. 12 ss. Altro problema da esaminare: è possibile applicare le disposizioni del Reg. 2201/2003 sulla responsabilità genitoriale alle coppie di conviventi, con una estensione dell'ambito oggettivo di quel regolamento che riguarda le coppie di coniugi? V. Cassazione (S.U.) 30 marzo 2018 n. 8042. In realtà qui si parla della nozione di residenza del minore la cui interpretazione, secondo la motivazione della Cassazione, deve essere 'tratta' dal concetto di residenza abituale del minore di cui all'art. 8 del Reg. 2201/2003. Ciò consente alla Cassazione di impostare l'accertamento della residenza come una 'quaestio facti' da risolvere in base ai fattori effettivi di radicamento del minore, tenendo conto dei criteri elaborati dalla Corte di giustizia.

su norme del Regno Unito di origine interna ai fini della soluzione di un problema di ripartizione della competenza territoriale fra giudici di quello Stato. Le norme di riferimento appartenevano al sistema nazionale, e non al sistema comunitario, pur essendo quasi identiche a quelle contenute nella Convenzione di Bruxelles[20]. La Corte di giustizia, nella pronuncia del 28 marzo 1995 ha chiarito che la competenza interpretativa della Corte di giustizia non può avere ad oggetto norme che non appartengano al sistema comunitario.

Nonostante questo limite, di fatto l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia sui contenuti e sulla interpretazione delle norme di Bruxelles ha svolto una influenza significativa sugli orientamenti seguiti dai giudici nazionali, producendo un effetto di contaminazione o di 'erosione' della disciplina applicabile in base alle norme di origine interna e di superamento degli parametri tradizionalmente seguiti dalle corti nazionali. Si è realizzata in tal modo una convergenza che ha consentito una omogeneità di applicazione rispetto alla disciplina europea, e in tal modo facilitando il compito del giudice nazionale[21].

La prassi offre numerosi esempi di allineamento della giurisprudenza in materia disciplinata da norme di origine nazionale alla interpretazione prevalente nel contesto della cooperazione giudiziaria in Europa[22].

Riguardo alla disciplina della forma della clausola di scelta del foro, l'art. 4 della L. 218/95 è stato interpretato in modo conforme all'orientamento seguito riguardo alla proroga disciplinata nel sistema di Bruxelles, che non richiede l'osservanza della forma più rigorosa stabilita dal codice civile per le clausole vessatorie. La conseguenza è che le situazioni meramente 'interne' vengono disciplinate diversamente dalle situazioni identiche con carattere transnazionale. In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale nell'ordinanza del 18 ottobre 2000, n. 428, sul caso *Palmieri c. Coscos*[23] e la Corte di Cassazione (s.u.), in due pronunce del

[20] Sentenza del 28 marzo 1995, causa C-346/93, ECLI:EU:C:1995:85. La Corte di giustizia ha ritenuto di non essere competente a statuire sulla questione pregiudiziale sottopostale dalla Court of Appeal inglese, dato che, in assenza di un obbligo per il giudice di ottemperare all'interpretazione della Corte di giustizia, quest'ultima avrebbe assunto un valore puramente consultivo e ne sarebbe risultata snaturata la funzione della Corte di giustizia quale concepita dal Protocollo 3 giugno 1971.

[21] In tal senso cfr. R. BARATTA, "Note sull'evoluzione del diritto internazionale privato in chiave europea", in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2015, p. 722 ss.

[22] La prassi offre numerosi esempi che si riferiscono alla espressione tecnico-giuridica 'litispendenza internazionale' e all'adeguamento della giurisprudenza italiana alla nozione accolta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in senso più ampio a confronto di quella seguita nella tradizione giudiziaria nazionale.

[23] Nel caso *Palmieri* la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi circa la compatibilità con la Costituzione della soluzione più flessibile a favore della validità del-

2005 e del 2011 sul caso *Fondiaria SAI s.p.a. c. Coscos* ha condiviso questa impostazione[24]. Il caso non rientrava nella disciplina del Reg. 44/2001 che all'epoca regolava la giurisdizione, essendo il foro prorogato quello di uno Stato terzo. Nell'ordinanza del 2011 la Corte di Cassazione, anche richiamando la precedente pronuncia del 2005, ha ribadito che «la questione della validità della clausola di proroga della competenza giurisdizionale, se va risolta in base al diritto interno (si intende, la norma comune di diritto internazionale privato), lo deve essere nel senso che la L. 31 maggio 1985, n. 218, art. 4, comma 2, si interpreta in maniera conforme alla disciplina di fonte comunitaria» (par. 5.1, 2° cpv.). La Corte ha anche aggiunto che «la L. n. 218 del 1985 si è ispirata ai principi processuali della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968». Ne consegue che viene attribuita rilevanza al comportamento concludente delle parti, ove operante, «nel settore del commercio internazionale nel quale esse operano». E pertanto, la clausola contenuta nella polizza di trasporto marittimo consegnata al caricatore che non l'abbia contestata è stata considerata valida ed opponibile al terzo caricatore. Dunque, gli usi del commercio internazionale sono stati valorizzati con riferimento ad una clausola di proroga non rientrante nell'oggetto della normativa dell'UE.

3. Limiti e antinomie nella giurisprudenza della Corte di giustizia a fronte della necessità di coerenza del sistema

Sono stati richiamati fin qui dei casi nei quali i giudici interni hanno dimostrato di allinearsi alla impostazione seguita dalla Corte di giustizia in sede di interpretazione delle norme europee in materia di diritto internazionale privato, consentendo in tal modo di contribuire alla integrazione in uno spazio di giustizia comune.

Non sono mancati tuttavia episodi nei quali la Corte di giustizia ha espresso una visione estremamente rigida circa le modalità di applicazione delle regole del sistema di diritto internazionale privato comunitario, dando luogo a delle tensioni rispetto alle esigenze degli ordinamenti

la scelta del foro estero a confronto delle maglie più strette imposte dalle norme italiane rispetto alle clausole di scelta del foro (cd. 'vessatorie') di rilievo puramente interno.

[24] Sentenza del 17 gennaio 2005 n. 731 e ordinanza del 14.2.2011 n. 3568. Si trattava di stabilire la validità formale della clausola di proroga contenuta nella polizza di carico relativa alla merce destinata alla Radarchim di Milano. La Fondiaria aveva adito il foro di Genova, che si era dichiarato incompetente sia in primo che in secondo grado in favore dei giudici cinesi cui la polizza attribuiva la competenza.

nazionali. Un esempio è rappresentato dal caso *Liberato c. Luminita Luisa Grigorescu*, deciso dalla Corte di giustizia con sentenza del 16 gennaio 2019[25]. Si trattava dell'efficacia di una sentenza emanata in un altro Stato membro che aveva applicato in maniera errata delle disposizioni contenute nel sistema di Bruxelles sulla litispendenza. La Corte ha affermato che non può essere rifiutato il riconoscimento di una decisione resa in violazione della regola sulla litispendenza, respingendo quindi la utilizzabilità del limite di ordine pubblico processuale e affermando che una tale eccezione avrebbe comportato una deroga inaccettabile al divieto per il giudice richiesto di verificare la correttezza del procedimento seguito. Ha anche fatto leva su un argomento di tipo 'testuale', sottolineando che la regola sulla litispendenza si trova rubricata all'interno del capo II intitolato 'competenza'. Secondo la Corte, il rifiuto del riconoscimento in casi del genere comporterebbe una estensione dei limiti entro i quali è consentito al giudice del riconoscimento valutare la competenza del giudice di origine: la valutazione deve essere rigorosamente circoscritta ai casi di competenza esclusiva o gli altri elencati nella norma, e tra essi non è compresa l'ipotesi della mancata osservanza della regola sulla litispendenza. Ricordiamo che questa soluzione è in linea con numerosi precedenti nei quali il limite di ordine pubblico è stato valutato dalla Corte di giustizia in maniera molto restrittiva, circoscrivendolo ai casi di 'manifesta e smisurata' violazione al contraddittorio (caso *Gambazzi*[26]) o escludendolo del tutto in un caso di violazione delle regole sui marchi (*Diageo Brands*[27]), ritenendo che si debba comunque preservare l'obiettivo fondamentale della circolazione delle sentenze. D'altra parte, come ha più volte affermato la Corte, tocca allo Stato investito della causa verificare attentamente l'esistenza della competenza e alla parte in giudizio interessata attivarsi impugnando il provvedimento del giudice, anche tenendo presente che casi di inadempienza dei giudici possono dar luogo a un procedimento per infrazione (caso *Köbler*[28]).

Un altro caso è quello della configurabilità della litispendenza tra due azioni per danni, delle quali una venga proposta all'interno di un procedimento penale, nonostante che non sussista alcun collegamento della causa civile con il foro: in casi del genere il convenuto non ha strumenti per eccepire il carattere esorbitante del foro sotto il profilo ci-

[25] Causa C-386/17 ECLI:EU:C:2019:24.
[26] Sentenza 2 aprile 2009, in causa C-394/07, ECLI:EU:C:2009:219.
[27] Sentenza 16 luglio 2015, in causa C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471.
[28] Sentenza 30 settembre 2003, in causa C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513.

vilistico. Sembra eccessivo ritenere che debba essere comunque salvaguardata l'esigenza della prossimità[29].

4. Gli sviluppi derivanti dall'ampliamento della sfera di applicazione delle norme di diritto internazionale privato oltre i confini tradizionali e consolidati dell'integrazione giudiziaria nel campo civile e commerciale

Nel campo dei rapporti di famiglia e del riconoscimento degli *status* della persona, la Corte di giustizia ha progressivamente acquisito spazi aggiuntivi di esercizio della funzione pregiudiziale, in linea con l'evoluzione del Trattato istitutivo dell'Unione europea che ha conferito a quest'ultima le competenze previste nell'art. 81 sulla cooperazione giudiziaria in materia di diritto di famiglia. Ciò comporta che il giudice nazionale, nello svolgimento del processo interpretativo, è obbligato da un lato a rispettare le regole della certezza e dell'integrazione europea; dall'altro a operare in modo da salvaguardare i diritti fondamentali, quali i diritti fondamentali della persona, quali il riconoscimento degli *status* dei soggetti e l'interesse superiore del minore.

Pur essendo le norme uniformi di diritto internazionale privato prevalentemente finalizzate all'obiettivo della libera circolazione e, quindi, della rimozione degli ostacoli 'occulti' all'integrazione comunitaria fra gli Stati membri, i diritti fondamentali, codificati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea allegata al Trattato di Lisbona[30], costituiscono un parametro di riferimento essenziale, al quale devono allinearsi non soltanto i giudici nazionali, ma anche la Corte di giustizia. In tal senso, le valutazioni dell'Unione europea si inseriscono nel quadro più ampio delle norme di diritto internazionale, ricavabili dalla *opinio* espressa dai membri della comunità internazionale e dagli atti adottati in sede ONU e nelle organizzazioni regionali, oltre che dalle costituzioni degli Stati membri.

Sembra quindi superato l'atteggiamento assunto dalla Corte EDU in casi precedenti, come il caso *Sneersone & Kampanella c. Italia* deciso dalla Corte EDU nel 2011 in materia di sottrazione dei minori[31], nel quale quella Corte ha assunto un orientamento divergente rispetto a quello espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea sulla necessità di

[29] Köhler, "Zur Rechtshängigkeit eines von der Zivilpartei vor dem Untersuchungsrichter geltend gemachten Ersatzanspruchs", in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2/2019, p. 120.

[30] Doc. UE C 326/02 del 26 ottobre 2012.

[31] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 12 luglio 2011, ric. n. 1473/09.

una applicazione rigida della automaticità della esecuzione della sentenza di ritorno – secondo quanto presritto dal Reg. 2201/2003 – nel caso *Doris Povse c. Mauro Alpago*[32]. Sembra si possa cogliere, oggi, a dieci anni dalla definitiva acquisizione del carattere vincolante della Carta dei diritti fondamentali, l'emergere di una sostanziale convergenza del contributo della Corte EDU con quello della Corte di giustizia. Si veda, recentemente, la sentenza della Corte EDU (Grande Camera) del 23 maggio 2016 sul caso *Avotiņš c. Lettonia*[33]. In questa sentenza della Corte EDU muove dalla considerazione che, come regola generale, una violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo può aver luogo nel corso di un procedimento per il riconoscimento o l'esecuzione di una sentenza straniera qualora i giudici dello Stato di esecuzione non accertino l'osservanza dell'obbligo di assicurare un giudizio equo. Tuttavia, fa presente che, quando i giudici nazionali sono obbligati a effettuare il riconoscimento delle sentenze straniere secondo le regole dell'Unione europea, si applica la presunzione della protezione equivalente, dato che le regole comunitarie consentono ai giudici di valutare il carattere manifesto della mancanza di protezione dei diritti fondamentali nello Stato di origine[34].

Più delicato appare il rapporto tra Corte di giustizia e Corte Costituzionale, con la quale il dialogo non è sempre facile, così come, del resto, si è verificato nei rapporti con il Consiglio di Stato, che dal canto suo ha talvolta omesso di sottoporre alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali[35]. Non è il caso di riprendere in questa sede la complessa tematica dei 'contro-limiti'. Sempre con riferimento al Reg. 2201/2003 si può prospettare l'ipotesi che emerga l'inadeguatezza della procedura di ascolto del minore seguita dal giudice straniero nel corso della procedura per l'emanazione di una sentenza di affidamento, che possieda tuttavia tutti i requisiti per essere eseguita in Italia. La Corte Costituzionale, interpretando in maniera estensiva il diritto del minore ad essere ascoltato,

[32] Corte di giustizia, sentenza 1° luglio 2010, in causa C-211/10, ECLI:EU:C:2010:400.

[33] Corte EDU, ric. n. 17502/07.

[34] Come osserva G. BIAGIONI, "*Avotinš v. Latvia*. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights", in *European Papers*, 1, 2016, No 2, pp. 586, la Corte di giustizia ha in diversi casi affermato che la semplificazione delle formalità per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni non può operare in caso di mancato rispetto delle garanzie fondamentali dei diritti umani, come il principio del giusto processo. L'a. menziona la giurisprudenza della Corte di giustizia, a cominciare dal caso *Krombach* (causa 49/84), deciso con sentenza 11 giugno 1985 ed altri successivi.

[35] Consiglio di Stato, sentenza 5 agosto 2005, n. 4207

potrebbe valutare la sussistenza di motivi di contrasto della sentenza con i principi costituzionalmente garantiti al minore nell'ordinamento italiano e ritenere che sussista un impedimento all'esecuzione.

È un dato incontestabile che la Corte Costituzionale è chiamata a svolgere il ruolo di garante non solamente del diritto nazionale, ma anche del sistema dell'Unione europea. Tuttavia, il metodo dei cd. 'controlimiti' all'applicazione delle norme comunitarie di diritto internazionale privato non sembra appropriato, in quanto va ad incidere sulla legge di esecuzione del Trattato istitutivo dell'Unione europea. Operando una vera e propria 'disconnessione' dal sistema dell'Unione europea, rischia di ripercuotersi su tutto il funzionamento delle norme collegate, pregiudicando la situazione dei privati che si vogliono tutelare.

In secondo luogo, come si è detto, i principi fondamentali della persona sono ormai codificati nella Carta dei principi fondamentali, che ripercorrono in gran parte quelli presenti nella Costituzione. In fondo, quei passaggi della sentenza *Taricco* nei quali la Corte costituzionale sembra proporsi come sede di sindacato delle norme comunitarie (analogamente a quanto aveva fatto nella sentenza n. 348 del 2014), esprimono un atteggiamento a favore della cooperazione con gli organi dell'Unione europea per l'obiettivo dell'integrazione europea, anziché avallare la tendenza ad assumere il ruolo di 'concorrente esterno' rispetto alla Corte di giustizia[36].

Dal canto suo, la Corte di giustizia, nella sua seconda sentenza sul caso *Taricco*, del 2017, ha dimostrato un atteggiamento collaborativo, affermando che deve essere «consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare *standards* nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione»[37].

In una serie di pronunce in materia di attribuzione e riconoscimento di elementi identificativi della persona, la Corte di giustizia ha considerato rilevanti le norme del foro che impedivano la registrazione in omaggio alla normativa statale che aveva abolito i titoli nobiliari in nome del

[36] Corte Costituzionale, sentenza 31 maggio 2018, n. 115.

[37] Corte di giustizia, sentenza 5 dicembre 2017, in causa C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936, par. 47. Tale sentenza verteva, tra l'altro, sulla interpretazione della precedente sentenza Taricco che, a detta della Corte Costituzionale remittente, non precisava a sufficienza gli elementi che il giudice nazionale deve prendere in considerazione per riscontrare il 'numero considerevole di casi' cui è legata l'applicazione della regola circa la non applicabilità del regime di prescrizione dei reati di frode ai danni dell'Unione europea (Corte di giustizia, sentenza 8 settembre 2015, *Taricco e a.* (C-105/14, EU:C:2015:555).

principio dell'eguaglianza dei cittadini e in omaggio al carattere democratico del regime, sancito a livello costituzionale. Si tratta dei casi *Ilonka Sayn von Wittgenstein*[38] e *Nobiel Peter Bogendorff*[39]. In questi casi si riscontra una crescente attenzione dell'Unione europea a valori meno 'mercantilistici'. In materia di attribuzione e riconoscimento di nomi e cognomi, la stessa Corte ha affermato l'obbligo per gli Stati membri di salvaguardare la continuità degli elementi identificativi della persona nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia in una serie di pronunce. A questa impostazione si è allineata la prassi degli ufficiali di stato civile italiani, che hanno valorizzato l'obbligo di conformarsi al dettato delle norme e della giurisprudenza comunitaria. Allo stesso risultato sarebbero potuti pervenire in base ad una corretta interpretazione della convenzione di Monaco del 5 settembre 1980 sulla legge applicabile ai cognomi e nomi[40].

5. La chiave interpretativa quale strumento per regolare situazioni oggetto di una normativa difforme nei diversi Stati membri in presenza di lacune dello spazio di giustizia UE: a) il matrimonio omosessuale

Sia nelle convenzioni internazionali dell'Aja in materia matrimoniale[41], sia nel diritto comunitario manca una definizione della categoria giuridica del 'matrimonio'. Nell'interpretazione dei regolamenti in materia di rapporti di famiglia, come il Reg. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e i regolamenti 2016/1103 e 2016/1104 sui rapporti patrimoniali tra coniugi e gli aspetti patrimoniali delle unioni registrate, è tuttavia possibile avvalersi di elementi rilevanti di carattere intertestuale, desumibili dal contesto del diritto dell'UE. Nel 'considerando' n. 17 del Reg. 2016/1103 si stabilisce

[38] Sentenza 22 dicembre 2010, in causa C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806.

[39] Sentenza 2 giugno 2016, in causa C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401.

[40] Cfr. il parere del Consiglio di Stato del 22 febbraio 2013 n. 850, richiamato dalla la circolare del Ministero dell'interno n. 14424 del 23 dicembre 2013, riprodotti in questa *Rivista*, 2014, p. 377 ss. e le riflessioni critiche di R. CLERICI, "Alcune considerazioni sull'eventuale ampliamento del ruolo della residenza abituale nel sistema italiano di diritto internazionale privato", in, *Il nuovo diritto internazionale privato* (a cura di Campiglio), Padova, 2019, pp. 70-71.

[41] Convenzioni dell'Aja 1° giugno 1970 ('Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations') e 14 marzo 1978 ('Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages' e 'Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes').

che: «Il presente regolamento non riguarda la nozione di 'matrimonio', che è definita dal diritto interno degli Stati membri». Viceversa, l'unione registrata viene definita «ai fini esclusivi del presente regolamento»: così il 'considerando' n. 17 del Reg. 2016/1104, anche se «il suo contenuto specifico dovrebbe continuare ad essere definito dal diritto interno degli Stati membri». L'art. 3,

L'art. 3, 1 lett. *a*) del Reg. 1104 definisce l''unione registrata' come segue: «il regime di comunione di vita tra due persone previsto dalla legge, la cui registrazione è obbligatoria a norma di legge e conforme alle formalità giuridiche prescritte da tale legge ai fini della sua creazione».

Ci si trova dunque in un settore nel quale, data la sussistenza di divergenze sostanziali nella disciplina in vigore negli Stati membri, le norme delle convenzioni di diritto internazionale privato e dello spazio europeo di giustizia devono assicurare margini di flessibilità, per tener conto della varietà delle tradizioni proprie dei diversi ordinamenti giuridici. Ciò implica, per l'interprete, la necessità di applicare le norme di diritto internazionale privato facendo ricorso al metodo dell' 'adattamento'[42] o dell' 'equivalenza'[43].

Nell'ordinamento italiano, la L. 76 del 20 maggio 2016 disciplina unicamente le unioni tra persone del medesimo sesso. Quanto al matrimonio fra persone dello stesso sesso, non è contemplato nell'ordinamento italiano e il legislatore lo ha espressamente escluso dall'oggetto delle norme di diritto internazionale privato, nonostante le aperture riguardo a forme di unione analoghe a quella coniugale denominate 'unioni civili'. Pertanto, secondo l'interpretazione risultante da una pronuncia della Cassazione italiana il matrimonio celebrato all'estero da cittadini italiani viene classificato come 'unione registrata' anziché come 'matrimonio', anche quando un solo coniuge sia cittadino italiano, mentre l'altro possieda la cittadinanza di uno Stato che consenta il matrimo-

[42] Ne parla, con specifico riferimento al diritto internazionale privato dell'Unione europea, P. FRANZINA, "Note minime in tema di adattamento, sostituzione ed equivalenza nel diritto internazionale privato dell'Unione europea", in *Studi in onore di Laura Picchio Forlati* (a cura di Cortese), Torino, 2014, p. 193 s., giustificando il sacrificio della genuinità formale della norma o della decisione prodotti in un determinato ordinamento statale all'obiettivo dell'integrazione.

[43] F. SALERNO, "The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law", in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 395, 2019, pp. 134-137): il dialogo tra legge del foro e legge straniera consente di pervenire ad una soluzione 'equivalente' per conseguire scopi ed interessi condivisi: il regime di tutela previsto dalla legge straniera viene in tal modo 'rimodellato' sulla base di considerazioni legate alla realizzazione di principi fondamentali (particolarmente nell'ambito dell'Unione europea).

nio omosessuale[44]. Da questa impostazione deriva che il giudice italiano non potrà sottoporre i rapporti patrimoniali tra due persone dello stesso sesso coniugate all'estero delle quali entrambe o almeno una abbiano la cittadinanza italiana al Reg. 2016/1103, che si riferisce a persone unite da un rapporto coniugale, ma bensì al Reg. 2016/1104, relativo alle unioni registrate.

Va tuttavia osservato che i citati regolamenti dell'Unione europea in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi e di aspetti patrimoniali delle unioni registrate, di contenuto quasi identico, ma rispettosi delle peculiarità dei diversi ordinamenti degli Stati, rappresentano una modalità di normazione flessibile in quanto consente all'interprete la libertà di qualificare il rapporto da regolare tenendo conto della disciplina in vigore nello Stato di appartenenza. Non si possono evitare difficoltà pratiche di applicazione e il rischio di una disarmonia tra le soluzioni adottate dai giudici di diversi Stati membri, pur in presenza di una sostanziale coincidenza testuale dei due regolamenti[45].

6. (Segue): *b) la kafalah*

Il sistema comunitario non fornisce indicazioni riguardo al riconoscimento delle decisioni emanate in uno Stato terzo relative alla costituzione della kafalah. Mancano dei parametri che consentano di ricostruire in termini di analogia con l'affidamento o l'adozione il rapporto che si crea tra il tutore ('kafil') e il minore ('makfoul'). A differenza dell'adozione, non è caratterizzato dalla interruzione del rapporto con la famiglia biologica. La kafalah è menzionata nella Convenzione dell'Aja del 19

[44] Sentenza 14 maggio 2018, n. 11696. Dalla formulazione delle norme contenute nella L. 76/2016 e dalla motivazione della sentenza si desume che i matrimoni tra stranieri dello stesso sesso consentiti dall'ordinamento di appartenenza sono riconoscibili in Italia come tali.

[45] Supponiamo che coniugi appartenenti allo stesso sesso coniugati all'estero e residenti in Italia, entrambi italiani si rivolgano al giudice italiano per regolare i rapporti patrimoniali in mancanza di scelta. Il giudice italiano dovrebbe individuare la legge applicabile sulla base del Reg. 2016/1104, essendo il loro rapporto qualificato come unione e non come matrimonio. Pertanto, i rapporti patrimoniali della coppia saranno disciplinati dalla legge spagnola (legge dello Stato nel quale l'unione è stata costituita: art. 26 di quel regolamento) e non quella italiana (residenza abituale comune dei coniugi: art. 26 Reg. 2016/1103). Questa soluzione coincide con quella risultante dall'art. 32-*ter*, prima frase, L. 218/95.

ottobre 1996[46], alla quale l'art. 61 del Reg. 2201/2003 fa riferimento, estendendo le norme sul riconoscimento e l'esecuzione relative alle misure per la tutela dei minori ai casi nei quali il minore è residente in uno Stato membro o in uno Stato non membro parte contraente di quella convenzione. Attraverso il richiamo alla Convenzione dell'Aja, la disciplina comunitaria sul riconoscimento acquisisce rilevanza '*erga omnes*', potenziando il perseguimento della protezione del minore 1996[47].

D'altra parte, la Convenzione di New York del 1989 sui diritti del bambino e la Convenzione dell'Aja del 1996 sulla protezione dei minori vincolano gli Stati membri a considerare le forme di tutela istituite in base alla kafalah, anche se tale istituto non esiste nell'ordinamento nazionale. La giurisprudenza della Corte di giustizia, pur non fornendo una soluzione al problema della disciplina dell'istituto, ha qualificato i rapporti tra il 'kafil' e il 'makfoul' come di tipo 'familiare'. La più recente sentenza in tal senso è quella del 26 marzo 2019 nel caso C-129/18, che si riferisce al diritto al ricongiungimento[48]. Essa è stata emanata in sede di interpretazione della direttiva 2004/38 del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. In tale contesto ha esteso la definizione di 'familiare a carico' a una bambina di nazionalità algerina affidata a una coppia di coniugi francesi che intendevano trasferirsi nel Regno Unito, pur non essendo 'discendente diretta' degli affidatari. Nella motivazione la Corte ha affiancato le ragioni connesse al diritto alla vita privata e familiare (art. 7 della Carta dei diritti fondamentali) alla preminenza degli interessi dei minori (art. 24, par. 2 della Carta), prendendo anche spunto dalla giurisprudenza della Corte EDU riguardo all'istituto della kafalah. Particolare rilievo presenta la sentenza *Loudoudi et Autres c. Belgique* del 16 dicembre 2014[49], nella quale la Corte

[46] Ci riferiamo alla Convenzione dell'Aja del 1996 sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione relativamente alla responsabilità genitoriale e alle misure di protezione dei minori.

[47] Cfr. al riguardo A. BONOMI, "The Opportunities and the Modalities of the Introduction of *erga omnes* EC rules on jurisdiction", in *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters* (a cura di Malatesta, Bariatti, Pocar), Padova, 2008, pp. 149- 160, che rileva come una soluzione 'erga omnes' sia preferibile. L'a. si riferisce specificamente alle norme sulla giurisdizione e dice come tale soluzione consenta di evitare il doppio canale, complicando il compito del giudice.

[48] *SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, ECLI:EU:C:2019:248. Cfr. il commento di C. PERARO, "L'istituto della kafala quale presupposto per il ricongiungimento familiare con il Cittadino europeo: la sentenza della Corte di giustizia nel caso S.M. c. Entry Clearance Officer", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 319 ss.

[49] Ric. n. 52265/10.

EDU ha affermato (par. 93) che «non è sua funzione quella di sostituirsi alle autorità nazionali competenti …e che non è suo compito mettere in discussione le valutazioni compiute dalle autorità belghe riguardo alle condizioni per adottare un provvedimento di adozione». Tuttavia nemmeno nella giurisprudenza della Corte EDU è dato riscontrare elementi interpretativi ulteriori in tema di riconoscimento[50].

Resta dunque affidata ai giudici nazionali la ricerca di una regolamentazione, che parte dall'interpretazione delle norme convenzionali rilevanti. Significativa al riguardo appare una vicenda sottoposta alla Giudice tutelare di Mantova, al quale era stato chiesto il riconoscimento della tutela e della rappresentanza legale a favore di una signora algerina cui era stata affidata una bambina della stessa nazionalità con un provvedimento di *kafalah* ottenuto nel suo Paese. Secondo la decisione del 10 maggio 2018, al provvedimento straniero si doveva attribuire efficacia in base agli artt. 65-66 L. 218/95 essendo scontata l'applicabilità della legge algerina a favore della bambina. La decisione, pur motivata in maniera assai sintetica, ha qualificato la fattispecie come attinente alla protezione della minore, alla quale è oggi applicabile la Convenzione dell'Aja del 1996. Quest'ultima, pur prevedendo quale criterio principale quello della residenza del minore, stabilisce la possibilità di applicare in via eccezionale la legge di uno Stato diverso da quello del foro con il quale sussista un collegamento significativo, applicando la cd. 'clausola di eccezione' di cui all'art. 15, par. 2[51]. Tale clausola è applicabile anche a favore di uno Stato non contraente della Convenzione dell'Aja 1996 (nel caso di specie, l'Algeria).

[50] Cfr., tra gli altri, il caso *Harroudj v. France* deciso dalla Corte EDU con sentenza 4 ottobre 2012 (ric. n. 43631/09), relativo alla pratica di adozione avviata in Belgio da una coppia a favore dei quali era stata conferita una bambina in kafalah in Marocco.

[51] Ricostruendo l'iter logico seguito dal tribunale di Mantova, presupposto del riconoscimento era la circostanza che il provvedimento algerino fosse emanato in base alla legge richiamata dalle norme di diritto internazionale privato italiane. L'art. 42 della L. 218/95 sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di protezione dei minori, richiama la Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, oggi non più in vigore per effetto della legge di esecuzione della Convenzione del 1996, che adottava il criterio della legge nazionale della minore. Ma il testo dell'art. 42 L. 218/95 va letto alla luce della successiva ratifica italiana della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla legge applicabile e il riconoscimento in materia di responsabilità genitoriale e protezione dei minori, che ha adottato il criterio della residenza del minore come criterio prevalente. Alla luce di quanto esposto nel testo, data la flessibilità della disciplina contenuta nella Convenzione dell'Aja del 1996, il risultato è identico a quello cui si sarebbe pervenuti attraverso il richiamo della legge nazionale di cui all'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1961.

Che sussista una circostanza di eccezione risulta dal provvedimento qui richiamato, che precisa trattarsi di 'minore non accompagnata'[52]. Peraltro, quest'ultima circostanza fa sì che alla fattispecie sia applicabile anche la L. 47 del 2017, che riconosce priorità alla sistemazione del minore non accompagnato presso i 'familiari'. Pertanto, in base ad una interpretazione estensiva di questa espressione, ricavabile, come si è visto, anche dalla prassi della Corte EDU e della Corte di giustizia, è possibile non soltanto riconoscere, ma altresì instaurare *ex novo* un rapporto di affidamento in Italia.

7. Le convenzioni di diritto internazionale privato e processuale con Stati terzi e i vincoli interpretativi derivanti dalla partecipazione al sistema di giustizia europeo: a) convenzioni concluse dagli Stati membri delle quali l'Unione europea non è parte contraente

Problemi di interpretazione possono sorgere nel caso in cui convenzioni internazionali vertano su materie di diritto internazionale privato e processuale che costituiscano anche oggetto di regolamenti comunitari. Un caso di questo tipo può presentarsi con riferimento alla Convenzione del 1980 sulla sottrazione dei minori e alla Convenzione dell'Aja del 1996 sulla responsabilità genitoriale e la protezione dei minori, richiamate nel Reg. 2201/2003 e integrate con talune disposizioni contenute in quest'ultimo. Ai fini dell'interpretazione di convenzioni internazionali concluse tra Stati membri dell'Unione europea e Stati terzi, i modi della cooperazione intra-comunitaria e l'interpretazione delle norme dell'Unione europea possono costituire un riferimento utile a fini interpretativi. Tuttavia, non sono applicabili le regole della Convenzione di Vienna del 1969 di cui all'art. 32: quest'ultimo riconosce la rilevanza del contesto, degli accordi e della prassi connessa al trattato da interpretare, a condizione che questi elementi vengano riferiti a tutti gli Stati contraenti, non già ad un gruppo soltanto. Pertanto, le norme di diritto internazionale privato adottate dall'Unione europea e l'interpretazione data a queste dalla Corte di giustizia e dalle giurisdizioni nazionali costituiscono elementi propri di un sistema 'esterno' rispetto agli Stati non membri parti della convenzione internazionale.

[52] Nella Convenzione dell'Aja 1996 non si richiede che la norma richiamata sia quella di uno Stato membro. Al contrario, in base al principio dell'universalità della legge richiamata sancito dall'art. 20, è possibile richiamare la legge di uno Stato non aderente alla Convenzione dell'Aja, nel caso di specie la legge algerina.

È presente comunque l'esigenza che le giurisdizioni degli Stati membri, nell'adempimento degli obblighi derivanti da una convenzione stipulata con Stati terzi in materie oggetto di disciplina comunitaria, non si discostino dalle modalità di interpretazione e applicazione conformi agli orientamenti espressi anche dalla Corte di giustizia, perché ciò comporta il rischio di pericolose 'contaminazioni' del sistema di giustizia europeo. Tale preoccupazione è alla base della disposizione contenuta nell'art. 60 del Reg. 2201/2003, che stabilisce la prevalenza delle disposizioni di quest'ultimo sulle convenzioni internazionali che disciplinano le stesse materie oggetto del regolamento. Si potrebbe ipotizzare un contrasto interpretativo riguardo ad un criterio di collegamento- come quello della residenza abituale, suscettibile di una varietà di interpretazioni- al quale in sede di applicazione della convenzione potrebbe essere dato un contenuto diverso rispetto a quello che risulta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia[53]. Si deve notare tuttavia che, in generale, le disposizioni contenute nelle convenzioni internazionali che confluiscono nella materia oggetto dello spazio di giustizia dell'Unione europea si presentano meno dettagliate e non corredate da integrazioni e specificazioni quali risultano invece dalla abbondante giurisprudenza degli Stati e della stessa Corte di giustizia. Pertanto l'interpretazione e l'applicazione delle norme convenzionali da parte degli Stati parti non sembra comportare un rischio di interferenze e deviazioni rispetto all'interpretazione prevalente in sede comunitaria[54]. Al contrario, sembra più verosimile che la giurisprudenza della Corte di giustizia possa influire sulla interpretazione e applicazione delle convenzioni stipulate dagli Stati membri con Stati terzi.

La Corte di giustizia, nel parere 1/13 del 14 ottobre 2014, ha rilevato che, data la «sovrapposizione e lo stretto legame» esistente tra le disposizioni del citato Reg. 2201/2003 e quelle della Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori (specificamente tra le disposizioni dettate dall'art. 11 del regolamento e quelle contenute nel capo III di detta convenzione) «le disposizioni di quest'ultima possono incidere sul significato, sulla portata e sull'effi-

[53] Tra le più recenti pronunce al riguardo si segnala quella della Corte di giustizia del 17 ottobre 2018, in causa C-393/18 PPU, *UD c. XB*, ECLI:EU:C:2018:835, che in materia di residenza abituale richiama il precedente caso *Mercredi* (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punto 46).

[54] Con riferimento alla Convenzione dell'Aja del 1996 in tema di responsabilità genitoriale e protezione dei minori si veda Corte di Cassazione (s.u.), sentenza 17 settembre 2019, n. 23100, che ha dato una corretta interpretazione di detta convenzione, le cui disposizioni sono state raffrontate con quelle contenute nel Reg. 2201/2003 in materia di giurisdizione relativamente al mantenimento di figlia minorenne.

cacia delle norme del regolamento n. 2201/2003»[55]. La Corte ha delineato un «rischio di pregiudizio per l'applicazione uniforme e coerente del regolamento n. 2201/2003 e, in particolare, per le norme sulla cooperazione tra le autorità degli Stati membri, ogni volta che una situazione di sottrazione internazionale di minore riguardasse uno Stato terzo e due Stati membri, uno dei quali avesse accettato l'adesione di questo Stato terzo alla convenzione, e l'altro no»[56].

Non si può ritenere che sussista un obbligo per i giudici degli Stati membri di sottoporre alla Corte di giustizia questioni interpretative concernenti la compatibilità tra le norme contenute nel regolamento e gli impegni assunti in base alla Convenzione del 1980 dagli Stati membri[57].

Il citato parere 1/13 appare in linea con la tesi già espressa dalla Corte di giustizia nel caso *Intertanko*, deciso con sentenza 3 giugno 2008[58]. Si trattava di valutare se si configurassero motivi di incompatibilità tra la direttiva 2005/35, che imponeva agli Stati membri di adottare norme nazionali che prevedessero il criterio della negligenza grave ai fini della responsabilità, e le norme della Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi del 1973 ed il suo protocollo del 1978 (5) (cd. 'Marpol 73/78'), che subordina la responsabilità degli Stati a presupposti di maggiore gravità. L'Unione europea (allora denominata Comunità europea) non era parte della convenzione, che pur riguardava materia disciplinata da norme comunitarie. Peraltro, i motivi di tale preoccupazione traevano fondamento dal testo della stessa direttiva (art. 6.3), dove si rilevava che «[l]a convenzione Marpol 73/78 viene attuata in maniera diversa nei vari Stati membri ed è dunque necessario armonizzarne l'attuazione a livello comunitario; in particolare, le pratiche degli Stati membri in materia di sanzioni applicabili allo scarico di sostanze inquinanti effettuato dalle navi presentano notevoli divergenze». Pertanto, il problema del quale si è fatta interprete la Corte di giustizia nel caso *Intertanko* consisteva nella inadeguatezza della normativa comunitaria a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione stipulata dagli Stati membri, e non nel rischio di deviazioni

[55] Parere 1/13, ECLI:EU:C:2014:2303, par. 85.

[56] *Ibid.*, par. 89. Sulla base di queste considerazioni, la Corte di giustizia ha affermato che l'accettazione della adesione di nuovi Stati dovesse essere approvata dalla UE, e non potesse essere lasciata alla libera discrezionalità dei singoli Stati membri.

[57] Esprime talune perplessità al riguardo G. GAJA, "The Implications of the European Union's Exclusive Competence with regard to the Child Abduction Convention", in *The external Dimension of EU Private International Law after Opinion 1/13* (a cura di Franzina), Cambridge, Antwerp, Portland, 2017, pp. 69-70,

[58] Causa C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312.

interpretative dagli orientamenti espressi dalla giurisprudenza comunitaria, delineato nel parere 1/13.[59].

8. (Segue): *b) L'interpretazione delle convenzioni delle quali l'Unione europea è parte contraente in sostituzione degli Stati membri*

Nelle convenzioni sin qui considerate l'Unione europea non è parte contraente. In altri casi, l'Unione europea partecipa a convenzioni internazionali con Stati terzi in sostituzione degli Stati membri. Vengono in considerazione le Convenzioni dell'Aja sugli accordi di scelta del foro del 30 giugno 2005 e quella sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale del 2 agosto 2019. Grazie a queste convenzioni, le agevolazioni in materia di riconoscimento previste nel contesto comunitario vengono estese a situazioni connesse con Stati terzi in vista dell'obiettivo di promuovere la circolazione delle persone, gli affari e gli investimenti, incrementando la certezza e la prevedibilità in un contesto allargato oltre il continente europeo[60]. In forza dell'adesione da parte dell'UE, le disposizioni di tale convenzione formano parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario e gli Stati membri sono vincolati a darvi esecuzione.

Sia la '*Judgments Convention*', sia la Convenzione sugli accordi di scelta del foro contengono regole finalizzate al coordinamento con altri testi convenzionali: gli articoli 23 e, rispettivamente, 26, stabiliscono che eventuali conflitti con altri accordi conclusi fra Stati contraenti debbono essere composti, ove possibile, sul piano interpretativo[61]. Tra le eccezio-

[59] La Corte di giustizia è pervenuta alla conclusione di escludere che nel caso di specie sussistessero motivi di incompatibilità con la convenzione Marpol. La direttiva è stata aggiornata con quella del 21 ottobre 2009 n. 2009/123/CE. Non è il caso in questa sede di menzionare l'abbondante giurisprudenza che riguarda il rapporto della Corte di giustizia con le convenzioni internazionali appartenenti al sistema WTO, dato che non riguarda, se non indirettamente, la materia del diritto internazionale privato.

[60] Al riguardo cfr. Doc. COM(2016) 216 *final*, 13 Aprile 2016, contenente la raccomandazione da parte della Commissione al Consiglio ai fini dell'adozione di una decisione che autorizzasse l'avvio dei negoziati per l'adozione della '*Judgments Convention*' nell'ambito della Conferenza dell'Aja di Diritto internazionale privato: «*The Judgments Convention would contribute to create a stable and predictable legal environment globally both for EU citizens and EU companies operating in third countries, thus promoting trade and economic growth*».

[61] Art. 23, par.1, della Convenzione del 2019: '*This Convention shall be interpreted so far as possible to be compatible with other treaties in force for Contracting States, whether concluded before or after this Convention*'. L'art. 26, par. 1 della Convenzione sulla scelta del foro contiene una formulazione identica.

ni all'applicazione di dette convenzioni è prevista la salvaguardia delle regole in vigore nell'ambito di una 'organizzazione di integrazione economica regionale' (e dunque anche dell'Unione europea), qualora la fattispecie da regolare rilevi soltanto nei confronti di ordinamenti di Stati membri dell'Organizzazione o si tratti di materia relativa al riconoscimento o esecuzione di decisioni tra Stati membri dell'Organizzazione[62]. Pertanto, entro questi limiti, l'interpretazione da parte delle giurisdizioni nazionali e, in sede pregiudiziale, dalla Corte di giustizia riguardo alle norme dei regolamenti che si riferiscono alla materia civile e commerciale (in particolare il Regolamento Bruxelles 1 *bis* e le precedenti versioni ove applicabili) continuerà ad avere rilievo nei rapporti tra gli Stati membri.

9. (Segue): *Brexit e interpretazione delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*

La questione dell'interpretazione delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale ha assunto rilievo particolare nel contesto dei negoziati tra l'Unione europea ed il Regno Unito, a seguito del recesso di quello Stato ex art. 50 del Trattato sull'Unione europea divenuto effettivo dal 1° febbraio 2020[63]. Nel corso dei negoziati finalizzati al raggiungimento di un accordo era emersa fra l'altro l'esigenza di sal-

[62] Art. 23, par. 4 della '*Judgments Convention*': «*This Convention shall not affect the application of the rules of a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to this Convention as concerns the recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State that is also a Member State of the Regional Economic Integration Organisation where: (a) the rules were adopted before this Convention was concluded; or (b) the rules were adopted after this Convention was concluded, to the extent that they do not affect the obligations under Article 6 towards Contracting States that are not Member States of the Regional Economic Integration Organisation*». L'art. 6, al quale si fa riferimento, stabilisce il criterio di competenza esclusiva del luogo di situazione dell'immobile applicabile alle azioni reali. Una formulazione simile è contenuta nell'art 26, par. 6 della Convenzione sulla scelta del foro, che fa salve le norme che riguardano unicamente persone residenti in Stati membri dell'Organizzazione o obblighi di riconoscimento o esecuzione di sentenze che riguardano Stati membri dell'Organizzazione.

[63] Si vedano la decisione del Consiglio UE relativa all'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica del 31 gennaio 2020 (in GUUE 2020, L 29, pp. 1-6) e il testo dell'accordo (*ivi*, pp. 7-181). Il testo della legge del Parlamento inglese, *European Union (Withdrawal Agreement) Bill* si può leggere in https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-01/0001/20001.pdf. È previsto un periodo di transizione fino al 31 dicembre 2020.

vaguardare l'uniformità dell'interpretazione delle norme comunitarie che disciplinano lo spazio europeo di giustizia, anche per scongiurare rischi di deviazioni 'occulte' rispetto ai principi della libera circolazione e della non discriminazione con pregiudizio per la situazione dei privati. Tra le soluzioni finalizzate ad assicurare la corretta applicazione delle norme e impedire che l'equilibrio del sistema subisca possibili erosioni era stato proposto l'inserimento nel progetto di accordo di un protocollo analogo a quello allegato alla Convenzione di Lugano, il Protocollo n. 2, che nella versione Lugano 2007 impegna gli Stati contraenti non membri dell'Unione europea ad allineare l'interpretazione delle norme di quella convenzione alla giurisprudenza degli Stati e alla interpretazione fornita dalla Corte di giustizia[64]. L'art. 4 della bozza di Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla CECA non coincideva del tutto. Si prevedeva infatti che «le disposizioni di detto Accordo sono interpretate e applicate secondo i metodi e i principi generali del Diritto dell'Unione europea … le disposizioni che rimandano al diritto dell'Unione o a sue nozioni o disposizioni sono interpretate ai fini della loro attuazione e applicazione conformemente alla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea antecedente la fine del periodo di transizione»[65]. Nel successivo paragrafo si stabiliva che «le autorità giudiziarie e amministrative del Regno Unito interpretano ed applicano il presente accordo tenendo debitamente conto della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea emanata dopo la fine del periodo di transizione»[66]. Si tratta di una soluzione di compromesso rispetto alla originaria intenzione della Comunità europea di estendere a quell'accordo la competenza interpretativa della Corte di giustizia[67].

[64] Art. 1 del Protocollo n. 2 di Lugano II: «Art. 1.1. Nell'applicare e interpretare le disposizioni della presente convenzione, i giudici tengono debitamente conto dei principi definiti dalle pertinenti decisioni dei giudici degli Stati vincolati dalla convenzione e della Corte di giustizia delle Comunità europee in relazione a dette disposizioni o disposizioni analoghe della convenzione di Lugano del 1988…». Sulle modifiche introdotte rispetto al testo della Convenzione Lugano 1988 v. la relazione esplicativa di F. Pocar, Doc. 2009/C 319/01, del 23 dicembre 2019, pp. 53-54.

[65] Bruxelles, 11 aprile 2019, Consiglio dell'Unione europea, Doc. XT21028/19, par. 4.

[66] *Ibid.*, par. 5.

[67] Cfr. J. UNGERER, "Consequences of Brexit for European Private International Law", in *European Papers*, 27 February 2019, pp. 6-7, il quale, partendo dalla manifestazione di interesse del Regno Unito a divenire parte contraente della Convenzione di Lugano espresso nel 2018, indica le difficoltà di carattere politico insite in una nuova adesione all'EFTA e nella necessità di ottenere il consenso dell'Unione europea all'adesione del Regno Unito alla Convenzione di Lugano 2007. Secondo C. TUO, "The consequences of Brexit for recognition and enforcement of judgments in civil and com-

Certamente valgono per la clausola contenuta nel progetto di *Brexit-deal* le stesse perplessità sollevate in passato dai protocolli annessi alla convenzione di Lugano, per il fatto che la clausola non consente di escludere deviazioni rispetto alla interpretazione consolidata nella giurisprudenza comunitaria. In alcuni casi la deviazione può collegarsi alla diversa qualificazione di taluni istituti[68]. Alcuni autori ritengono che la debolezza del Protocollo n. 2, aggravata – nel caso del *Brexit-deal* – dalle specificità della impostazione giudiziaria dei Paesi di *common-law* rispetto ai Paesi continentali, lascia dubitare riguardo alla efficacia del citato obbligo di 'tener conto' della giurisprudenza della Corte di giustizia[69].

Nonostante tali perplessità, la formula 'Lugarno 2007', eventualmente riformulata in un accordo tra il Regno Unito e l'Unione europea che regolasse il previsto recesso, potrebbe mitigare le conseguenze della Brexit nell'ambito della cooperazione giudiziaria con i Paesi membri dell'Unione europea e allineare l'applicazione delle norme in materia giudiziaria e sul riconoscimento delle sentenze alla giurisprudenza sviluppata nel contesto comunitario. L'efficacia della formulazione presente nel progetto di accordo di recesso Regno Unito-Unione europea dipende soprattutto dagli orientamenti delle corti britanniche. Qualora si accentuassero le tensioni già emerse nella prassi giurisprudenziale dal confronto con le tradizioni dei Paesi di '*civil law*', le norme del sistema di giustizia europeo già in vigore nell'ordinamento inglese rischierebbero di essere interpretate secondo i parametri offerti dalla tradizione giudiziaria nazionale anziché nel rispetto della loro origine comunitaria[70]. In tal caso si potrebbe delineare una situazione opposta alle tendenze manifestate nei primi anni di operatività della Convenzione di Bruxelles nella giuri-

mercial matters: some remarks", in *Rivista di diritto internazionale private e processuale*, 2019, p. 302 ss.

[68] Ad es., un'azione di risarcimento nei confronti di un debitore è stata considerata nella giurisprudenza svizzera come rientrante nell'ambito di una procedura di insolvenza – esclusa invece dalla materia oggetto di quel regolamento, ora disciplinata dal Reg. 2015/848 sulle procedure di insolvenza.

[69] B. HESS, "The Insuitability of the Lugano Convention (2007) to Serve as a Bridge between the UK and the Eu after Brexit", in Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, *Research Paper Series*, n. 2018(2), p. 5, ritiene il Protocollo di Lugano uno strumento che anziché garantire il rispetto della giurisprudenza della Corte di giustizia, «appears to boil down to a matter of goodwill and of courtesy of the courts involved» e che pertanto presenta una «inherent weakness» (*ibid.*, p. 6).

[70] Cfr. A. BRIGGS, "Brexit and private international law: an English perspective", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 261 ss., che ipotizza il ritorno della giurisprudenza britannica verso posizioni più in sintonia con la tradizione di common law.

sprudenza degli Stati membri, favorevole a seguire l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia anche in sede di applicazione di norme di diritto internazionale privato emanate dal legislatore statale nell'esercizio dell'autonomia consentita dagli spazi lasciati liberi da quella convenzione.

L'IMPATTO DEL *SOFT LAW* DELL'UNIONE EUROPEA NEI GIUDIZI INTERNI: UN'ANALISI SUL CAMPO*

Jacopo ALBERTI** - Filippo CROCI***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Metodologia di ricerca e delimitazione del campo di indagine. – 3. Giudici italiani e *soft law* dell'Unione europea: elementi quantitativi di utilizzo. – 4. Il valore attribuito agli atti *soft* dell'Unione europea nei giudizi interni. – 5. La rilevanza autonoma degli atti *soft* dell'Unione europea nei giudizi interni: una proposta per un cambio di prospettiva. – 6. *Taking soft law seriously*: i rapporti tra ordinamenti osservati attraverso la lente del *soft law*. – 7. (*Segue*): riflessioni in tema di effetto diretto. – 8. (*Segue*): un "nuovo *step*" del principio dell'interpretazione conforme? – 9. (*Segue*): ragioni giustificatrici dell'utilizzo degli atti *soft* nei giudizi nazionali: primato del diritto dell'Unione o criteri(o) di tipo "funzionale"? – 10. Il *soft law* dell'Unione europea nei giudizi interni: un *bluff* istituzionale, tra rischi e opportunità.

1. *Introduzione*

Nel corso degli ultimi decenni, l'Unione europea ha conosciuto una fortissima proliferazione di atti di *soft law*, formalmente non vincolanti, ma *de facto* capaci di indirizzare l'agire di amministrazioni, cittadini, imprese e giudici. I settori interessati dal fenomeno sono ormai molteplici; inoltre, l'adozione di tali atti non è più solo appannaggio della Commissione europea, ma è devoluta in misura sempre maggiore anche ad agenzie dell'Unione, che sovente coinvolgono in tale esercizio anche le autorità amministrative nazionali.

Mentre la dottrina si è occupata ampiamente dei profili politici e istituzionali dell'ascesa del *soft law* nell'ordinamento internazionale[1] e

* Il lavoro è frutto delle riflessioni congiunte dei due Autori. I paragrafi 1, 2, 3, 7 e 8 sono da attribuirsi a Jacopo Alberti; i paragrafi 4, 5, 6, 9 e 10 a Filippo Croci.

Gli autori sono grati ai professori Massimo Condinanzi, Chiara Amalfitano, Luigi Daniele e Francesco Munari per i preziosi consigli e suggerimenti (*usual disclaimer apply*) e al Jean Monnet Network on Soft Law Research per il sostegno scientifico e finanziario alla ricerca.

** Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Ferrara.

*** Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di To-

dell'Unione europea[2], molta meno attenzione è stata dedicata all'altra esigenza forte che si avverte nello studio di questo tema: ovvero quella di misurare, in concreto, l'impatto di tali atti sull'ordinamento interno e, di riflesso, sulla vita dei consociati.

Soddisfare quest'altro interesse, beninteso, altro non è che un diverso approccio per giungere al medesimo risultato: valutare se e in che termini la proliferazione del *soft law* incide sui principi su cui si regge l'ordinamento dell'Unione e, con esso, quello nazionale. Tuttavia, seguire questo diverso metodo di analisi permette di valorizzare non tanto e non solo l'intrinseca ambiguità e atipicità di tali atti, quanto soprattutto il loro effettivo impatto sull'ordinamento, ovvero la loro capacità di regorino.

[1] *Ex multis*, I. SEIDL-HOHENVELDERN, "International Economic Soft Law", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1979, p. 165 ss.; C. JABLONER, W. OKRESEK, "Theoretische und praktische Anmerkungen zu Phänomenen des "Soft Law"", in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1983, p. 217 ss.; P. WEIL, "Towards Relative Normativity in International Law?", in *American Journal of International Law*, 1983, p. 413 ss.; F FRANCIONI, "International "Soft law": A Contemporary Assessment", in *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (a cura di Lowe e Fitzmaurice), Cambridge, 1996, p. 167 ss.; K. ABBOTT, D. SINDAL, "Hard and Soft Law in International Governance", in *International Organization*, 2000, p. 421 ss.; D. THÜRER, "Soft Law", in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Amsterdam/London/New York/Oxford/Paris /Shannon/Tokyo, 2000, p. 452 ss.; J. KLABBERS, "Institutional ambivalence by design: soft organizations in international law", in *Nordic Journal of International Law*, 2001, p. 403 ss.; *Hard choices, soft law: voluntary standards in global trade, environment and social governance* (a cura di Kirton, Trebilcock), Ashgate, 2004; A. M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, 2005, in particolare p. 178 e ss.; T. MEYER, "Soft Law as Delegation", in *Fordham International Law Journal*, 2009, p. 888 ss.; D. SHELTON, *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford, 2010; A. PELLET, "Les raisons du développement du *soft law* en droit international: choix ou nécessité?", in *Regards croisés sur la* soft law *en droit interne, européen et international* (a cura di Deumier, Sorel), Paris, 2018, p. 177 ss.

[2] *Ex multis*, K.C. WELLENS, G.M. BORCHARDT, "Soft Law in European community Law", in *European Law Review*, 1989, p. 267 ss.; F. SNYDER, "The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques", in *The Modern Law Review*, 1993, p. 19 ss.; F. SNYDER, "Soft Law and Institutional Practice in the European Community", in *The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noël* (a cura di Martin), Dordrecht, 1994, p. 197 ss.; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford/Portland, 2004; A. PETERS, "Typology, Utility and Legitimacy of European Soft Law", in *Die Herausforderung Von Grenzen / Le défi des frontières / Challenging Boundaries: Festschrift für Roland Bieber / Mélanges en l'honneur de Roland Bieber / Essays in Honor of Roland Bieber* (a cura di Epiney, Haag, Heinemann), Baden-Baden, 2007, p. 405 ss.; F. TERPAN, "Soft Law in the European Union - The Changing Nature of EU Law", in *European Law Journal*, 2015, p. 68 e ss; si veda, a completamento, l'analisi bibliografica a cura di O. STEFAN e a., "EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review", in *SoLaR Working Paper*, 2018, reperibile *online* all'indirizzo www.solar-network.eu.

lare la vita di cittadini e imprese. E ciò perché, esaurita la novità data dall'ascesa del *soft law* – se di novità si può parlare, posto che atti non vincolanti esistono in ogni ordinamento ben prima della loro cristallizzazione nella nozione di *soft law*[3] – è proprio da una valutazione di tipo (anche) empirico e pratico che possono sorgere nuovi margini di comprensione di un fenomeno che, evidentemente, sarà tanto più peculiare e rivoluzionario, e quindi capace di incidere sui consolidati principi dell'ordinamento, quanto più effettivamente e concretamente capace di soppiantare le norme giuridiche classicamente intese nel fungere da parametro di legalità dei comportamenti dei consociati[4].

Il presente studio si propone dunque di perseguire questa strada[5], dedicando particolare attenzione all'uso e al valore del *soft law* dell'Unione europea nei giudizi interni e soffermandosi sull'impatto di tale strumento sui rapporti tra ordinamento dell'Unione e ordinamento nazionale.

Quest'ultimo tema era sinora rimasto sostanzialmente immune dai

[3] Come rilevato da R. BIN, "Soft law, no law", in *Soft law e hard law nelle società postmoderne* (a cura di Somma), Torino, 2009, p. 31, il tema del *soft law*, per come conosciuto adesso, nasce con l'ascesa del mercato e della globalizzazione; per le sue radici storiche nel diritto romano e una profezia sul fatto che, nonostante ciò, la natura vincolante o meno di una norma sarebbe presto stata scambiata per una novità, N. BOBBIO, "Comandi e consigli", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, p. 369 e ss. Recentemente, sulle origini storiche del *soft law*, cfr. D. DEROUSSIN, "*Soft law*. Éléments historiques", in *Regards croisés sur la* soft law *en droit interne, européen et international* (a cura di Deumier, Sorel), cit., p. 55 ss.

[4] D'altronde, anche la Corte di giustizia ha sempre prestato attenzione alla sostanza degli atti, applicando il noto criterio "sostanzialistico" in base al quale, ai fini della ricevibilità del ricorso per annullamento, ad essere rilevante non è il *nomen iuris* dei medesimi, bensì il loro contenuto sostanziale e, in particolare, la loro capacità di produrre effetti giuridici (vincolanti). Cfr., *ex multis*, Corte giust., sent. 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann c. Commissione della CEE*, ECLI:EU:C:1963:17, p. 204; più recentemente e molto "didattica", Trib., sent. 4 marzo 2015, causa T-496/11, *Regno Unito c. BCE (Clearing houses)*, ECLI:EU:T:2015:133, par. 29-68. In dottrina cfr., per tutti, M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 102.

[5] Per altri lavori che già muovono da questo approccio, O. STEFAN, *Soft Law in Court: Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union*, Alphen aan den Rijn, 2013; Z. GEORGIEVA, "Soft law in EU competition law and its judicial reception in the Member States: a theoretical perspective", in *German Law Journal*, 2015, p. 223; Z. GEORGIEVA, "The judicial reception of competition soft law in the Netherlands and the UK", in *European Competition Journal*, 2016, p. 54-86; Z. GEORGIEVA, "Competition soft law in French and German courts: A challenge for online sales bans only?", in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 175. P. L. Láncos, "A Hard Core Under the Soft Shell: How Binding Is Union Soft Law for Member States?", in *European Public Law*, 2018, p. 755 ss.; T. DEVINE, M. ELIANTONIO, "EU Soft Law in the Hands of National Authorities: The Case Study of the UK Competition and Markets Authority", in *Review of European Administrative Law*, 2018, p. 49 ss.

lunghi tentacoli in cui si sono declinati gli studi sul *soft law*[6]; ma, vista l'importanza sempre crescente di tali atti, non pare più possibile inquadrare compiutamente il tema dell'applicazione del diritto dell'Unione nei giudizi interni senza interrogarsi su quale sia il valore che i giudici riconoscono anche a queste fonti atipiche, e su come si dipanino i rapporti tra ordinamenti quando la disciplina europea è contenuta (anche) in un atto *soft*.

Due sono, dunque, i quesiti principali che questa ricerca intende affrontare: qual è, concretamente, il valore che i giudici nazionali riconoscono al *soft law* di provenienza europea (§§ 3 e 4)? E come operano i principi "classici" dell'effetto diretto, dell'interpretazione conforme e del primato, quando la disciplina europea a cui il giudice dà applicazione è contenuta in un atto *soft* (§§ 6-9)? La risposta a quest'ultimo interrogativo presuppone un cambio di prospettiva nell'approccio ai temi qui trattati, che verrà discusso e proposto separatamente (§ 5). Alcuni rilievi sulla metodologia di ricerca utilizzata sono invece anteposti all'analisi sostanziale (§ 2).

2. Metodologia di ricerca e delimitazione del campo di indagine

Un portato dell'approccio funzionalista appena descritto, finalizzato a valutare in primo luogo i risultati conseguiti dagli atti in questione, è quello di aggiungere alla classica ricerca normativa, dottrinale e giurisprudenziale anche un canale capace di raccogliere le esperienze di chi si trova, quotidianamente, a utilizzare questi atti. Pertanto, al fine di elaborare il presente scritto, sono state effettuate interviste con tutti i soggetti interessati dalla "filiera" del *soft law* dell'Unione europea: le pubbliche amministrazioni (che, in molti settori, per prime, ricevono e sono chiamate ad applicare tali atti); le imprese (che, evidentemente, in quanto soggetti regolati sono i destinatari finali dei medesimi); nonché, ed è quello che maggiormente interessa in questa sede, i giudici, civili e amministrativi (e non solo, come subito si dirà), che si trovano ad utilizzare gli atti *soft* per dirimere le controversie ad essi sottoposte[7].

[6] Tra le eccezioni a quanto affermato nel testo, cfr., ad esempio, in termini assai generali, B. BONNET, "Les rapports de systèmes s'appliquent-ils à la *soft law*?", in *Regards croisés sur la* soft law *en droit interne, européen et international* (a cura di Deumier, Sorel), cit., p. 439 ss.

[7] Come subito si dirà *infra*, nel corpo del testo, il lavoro ha preso in considerazione due settori: concorrenza e mercati finanziari. Nel primo settore sono state condotte 9 interviste, di cui 3 a funzionari AGCM (di diverse mansioni, livello, background professionale e formativo), 1 ad un funzionario della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Di-

Sempre in ragione di tale matrice empirica, l'analisi è stata limitata a due settori: il diritto della concorrenza (inteso come comprensivo tanto del diritto *antitrust*, quanto della materia degli aiuti di Stato) e quello dei mercati finanziari.

Il primo è il settore più paradigmatico del ricorso ad atti *soft*, avendo anzi anticipato ed esportato in altri ambiti tale tendenza, costituendo ora il laboratorio più antico e fecondo di *soft law* dell'Unione europea[8]. In tale contesto, sono stati analizzati precipuamente tredici atti, divisi tra *antitrust* e aiuti di Stato, aventi un contenuto tanto procedurale (ad esempio, la Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza) che sostanziale (ad esempio, la

partimento Affari Europei (Ufficio per il coordinamento in materia di aiuti di Stato), 4 a giudici (di cui 1 ad un magistrato del TAR Lazio (Roma), 1 ad un pool di tre giudici del TAR Piemonte, 1 ad un magistrato della XIV Sezione del Tribunale di Milano (Sezione specializzata in materia di imprese A), 1 ad un giudice della Corte d'Appello di Milano), 1 ad un funzionario di un importante istituto di credito. Nel settore dei mercati finanziari sono state condotte 5 interviste, di cui 3 a funzionari (con diversi livelli, incarichi, esperienze, background formativi) della CONSOB, 1 ad un funzionario dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie, ovvero l'organo quasi-giurisdizionale che al momento si è occupato maggiormente degli atti *soft* oggetto di indagine, e 1 ad un pool di funzionari di una banca italiana. Per la descrizione dettagliata del numero delle interviste, dei profili scelti, dei principi teorici e metodologici con le quali le medesime si rimanda a J. ALBERTI, "The unbearable lightness of ESMA's soft law. An Italian perspective", in *Legal Sources in Business and Human Rights. Evolving Dynamics in International and European Law* (a cura di Buscemi, Lazzerini, Magi, Russo), 2019, Nijmegen, par. 1 (in corso di pubblicazione). e J. ALBERTI, F. CROCI, "National Report on Italy - The use of soft law by national courts and administration in the field of EU competition and State aid law", in *SoLaR Working Paper*, 2019, p. 3 e ss., reperibile online all'indirizzo https://www.solar-network.eu/publications/solar-working-papers/.

[8] *Ex multis*, M. ANTONIOLI, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, 2000; M. CINI, "The soft law approach: Commission rule-making in the EU's state aid regime", in *Journal of European Public Policy*, 2001, p. 192 ss.; H.A. COSMA, R. WHISH, "Soft Law in the Field of EU Competition Policy", in *European Business Law Review*, 2003, p. 25 ss.; M. ALDESTAM, "Soft Law in the State Aid Policy Area", in *Soft Law in Governance and Regulation* (a cura di Mörth), Cheltenham/Northampton, 2004, p. 11 ss.; I. MAHER, "Regulation and Modes of Governance in EC Competition Law: What's New in Enforcement?", in *Fordham International Law Journal*, 2008, p. 1713 ss.; O. STEFAN, "Hybridity before the Court: a Hard Look at Soft Law in the Competition and State Aid Case Law", in *European Law Review*, 2012, p. 49 ss.; F. BERROD, "L'utilisation de la *soft law* comme méthode de conception du droit européen de la concurrence", in *Revue de l'Union européenne*, 2015, p. 283 ss.; O. STEFAN, *Soft Law in Court: Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union*, cit.; A BOUCHAGIAR, "The Binding Effects of Guidelines on the Compatibility of State Aid: How Hard is the Commission's Soft Law?", in *Journal of European competition Law & Practice*, 2017, p. 157 ss.; J. BRACKER, "L'intensité normative de la *soft law* en matière de compatibilité des aides d'État", in *Cahiers de droit européen*, 2017, p. 371 ss.

Comunicazione «de minimis»), e con un carattere sia generale o orizzontale (ad esempio, la Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato), sia settoriale (ad esempio, la Comunicazione sugli aiuti in materia ambientale ed energetica per il periodo 2014-2020)[9].

La scelta di un approccio selettivo, compiuta in seno al più ampio progetto europeo di ricerca in cui tale studio si inserisce[10], ha ovviamente vantaggi e svantaggi.

Nel caso di specie, i primi sembrano aver superato i secondi, per due ordini di motivi. Da un lato, gli evidenti limiti alla possibilità di formulare considerazioni di carattere generale sono stati ben controbilanciati dalla forte eterogeneità degli atti oggetto di studio. Dall'altro lato, la limitazione degli atti rilevanti ha consentito di inquadrare chiaramente le considerazioni "pratiche" emerse nell'ambito dell'analisi sul campo – aspetto fondamentale, visto il metodo di indagine prescelto. Infatti, gli intervistati si sono espressi non con riguardo al *soft law* dell'Unione generalmente inteso (seppur nello specifico settore della concorrenza), ma esattamente rispetto ad atti precisi e dettagliatamente intesi, rispetto ai quali è stato dunque possibile comprendere a pieno le prassi di utilizzo ricostruite nel corso dell'indagine. Ciò non toglie, beninteso, che sovente gli intervistati abbiano inteso formulare considerazioni più generali o relative anche ad altri atti[11], che, però, è stato sempre possibile inquadrare e separare dal contesto.

[9] Nel settore *antitrust*, gli atti oggetto di studio sono i seguenti (i riferimenti sono da intendersi alla versione attualmente "in vigore", sebbene l'analisi giurisprudenziale abbia abbracciato anche le precedenti versioni): gli Orientamenti sulle restrizioni verticali (in *G.U.U.E.* 19 maggio 2010, C 130, p. 1 e ss.); gli Orientamenti sul comportamento abusivo delle imprese dominanti (in *G.U.U.E.* 24 febbraio 2009 C 45, p. 7); le Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale (in *G.U.U.E.* 14 gennaio 2011, C 11, p. 1 e ss.); le Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato (in *G.U.U.E.* 27 aprile 2004 C 101, p. 97 e ss.); la Comunicazione «de minimis» (in *G.U.U.E.* 30 agosto 2014 C 291, p. 1 e ss.); Comunicazione sulla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri (in *G.U.U.E.* 27 aprile 2004, C 101, p. 54 e ss., come successivamente modificate in *G.U.U.E.* 5 agosto 2015 C 256, p. 5 e ss.); la Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (in *G.U.U.E.* 27 aprile 2004 C 101, p. 43) . Nel settore degli aiuti di Stato, la Comunicazione sugli elementi di aiuto di Stato connessi alle vendite di terreni e fabbricati (in *G.U.C.E.* 10 luglio 1997 C 209, p. 3 e ss.); la Comunicazione sugli aiuti alle opere cinematografiche e altre opere audiovisive (in *G.U.U.E.* 15 novembre 2013 C 332, p. 1 e ss.); la Comunicazione sulla cooperazione tra giudici (in *G.U.U.E.* 9 aprile 2009 C 85, p. 1 e ss.); la Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato (in *G.U.U.E.* 19 luglio 2016 C 262, p. 1 e ss.); la Comunicazione sugli aiuti in materia ambientale ed energetica per il periodo 2014-2020 (in *G.U.U.E.* 28 giugno 2014 C 200, p. 1 e ss.); la Comunicazione sugli aiuti al settore bancario (in *G.U.U.E.* 30 luglio 2013 C 216, p. 1 e ss.).

[10] Il presente studio si inserisce all'interno delle ricerche condotte dal *Jean Monnet Research Network on Soft Law Research* (www.solar-network.eu) in altri sei Stati membri.

[11] Per un'analisi degli atti che, secondo una prospettiva squisitamente italiana, sa-

Il secondo settore oggetto della presente ricerca è, invece, quello dei mercati finanziari[12], che rappresenta il modello di *soft regulation* sicuramente più moderno, ma anche più innovativo, nel panorama normativo dell'Unione, per tre ordini di ragioni.

Innanzitutto, esso è stato, e per taluni versi è tutt'ora, un fondamentale terreno di prova per la tenuta del progetto di integrazione europea[13]. Le necessità e i tempi della politica, hanno, ovunque, esercitato una grandissima influenza sul diritto: tanto in termini di disciplina sostanziale quanto di procedure e fonti normative. Inoltre, in tale settore l'atipicità del *soft law* è accresciuta dalla pari ambiguità istituzionale del soggetto che adotta tali atti, ovvero l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA)[14], un'agenzia indipendente dell'Unione europea con scarso riconoscimento nel diritto primario e che riunisce e rafforza[15] le singole autorità, anch'esse indipendenti, operanti nel medesimo settore a livello nazionale. Infine, gli specifici equilibri politici di tale ambito, e in particolare la necessità di accentrare repentinamente a livello di Unione europea il controllo dei mercati finanziari per fronteggiare l'imperversare della crisi, senza per questo spogliare totalmente le autorità nazionali delle proprie prerogative, ha portato alla nascita di strumenti *soft* "multilivello" estremamente innovativi, di cui subito si dirà.

Occorre innanzitutto premettere che la struttura normativa rinvenibile nel settore dei mercati finanziari presenta particolari caratteristiche, che meritano di essere analizzate, seppur limitatamente a quanto utile per

rebbe stato interessante ricomprendere, v. J. ALBERTI, F. CROCI, "National Report on Italy", cit., p. 4 ss.

[12] D'intesa con il più ampio quadro europeo di ricerca in cui tale studio si inserisce, il settore dei mercati finanziari è stato declinato in termini stringenti, coinvolgendo unicamente gli atti *soft* adottati da ESMA e omettendo, quindi, l'universo bancario e assicurativo. Anche in tal caso, la scelta si giustifica con la necessità di circoscrivere l'analisi sul campo, al fine di aumentarne il rigore scientifico.

La bibliografia sul *soft law* nel settore dei mercati finanziari è ricchissima; si veda, in aggiunta ai lavori specificatamente su ESMA e all'ordinamento dell'Unione, citati nel prosieguo, C. BRUMMER, *Soft Law and the Global Financial System: Rule Making in the 21st Century*, Cambridge, 2015; *The Changing Landscape of Global Financial Governance and the Role of Soft Law* (a cura di Weiss, Kammel), Nijmegen, 2015; U. ASHRAF BARTON, *Rethinking Regulation of International Finance Law, Policy and Institutions*, Aaphen an den Rijn, 2017.

[13] Come notato da F. ALLEMAND, F. MARTUCCI, "La nouvelle gouvernance économique européenne", in *Cahiers de droit européen*, 2012, p. 17, nel 2011-2012 «*la fin de l'euro n'est […] plus un tabou. Elle est ouvertement évoquée dans des cercles qui ne sont plus nécessairement l'apanage des eurosceptiques*».

[14] Regolamento (UE) n. 1095/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, (*G.U.U.E.* 15 dicembre 2010 L 331, p. 84 ss.).

[15] Cfr. ivi, considerando 41 e art. 42. Sia consentito rimandare, sul punto, a J. ALBERTI, *Le agenzie dell'Unione europea*, Milano 2018, p. 107 ss.

la presente indagine. In particolare, in tale ambito il panorama normativo è quanto mai ricco e frammentato tra regolazione dell'Unione e nazionale, registrando la presenza sia di regolamenti o direttive dell'Unione europea, sia – per queste ultime – di atti nazionali di trasposizione, sia di atti delegati e di esecuzione adottati ai sensi degli artt. 290 e 291 TFUE. Per quanto paradossale possa sembrare, in questa molteplicità di fonti (*rectius*: probabilmente, *proprio in ragione di tale molteplicità*, e quindi, della necessità di avere un unico atto semplice e omnicomprensivo) vi è ancora spazio per l'adozione di norme *soft* da parte di ESMA. Anzi, sovente sono proprio gli atti *soft* adottati da quest'ultima che concretamente fissano con precisione le procedure da porre in essere per rispettare i principi generali sanciti a livello legislativo e, *de facto*, cristallizzano i diritti e gli obblighi degli operatori finanziari[16].

Gli atti *soft* adottabili da ESMA sono, purtroppo, diversi e molteplici, per ulteriore entropia di sistema, e si dividono in orientamenti (oppure, secondo la più nota terminologia inglese, *guidelines*), raccomandazioni, pareri e *questions and answers* (questi ultimi con una scarsissima applicazione in sede giurisdizionale e, dunque, non presi in esame dal presente studio). Il tratto fondamentale di tali atti, oltre evidentemente al carattere formalmente non vincolante, è la loro già menzionata natura multilivello: *guidelines*, raccomandazioni e pareri necessitano tutti di un'"attuazione" a livello nazionale, ovvero di un atto da parte di CONSOB (l'autorità italiana che partecipa e, insieme ai rappresentanti delle autorità degli altri Paesi membri, compone ESMA) che permetta l'ingresso degli atti in questione nell'ordinamento interno. *Guidelines* e raccomandazioni hanno, inoltre, una struttura del tipo "*comply or explain*", ai sensi della quale le autorità nazionali devono conformarsi alle medesime entro un periodo di tempo delimitato *ex ante* e, se non intendono procedere in tal senso, sono tenute a fornire adeguate motivazioni, che vengono pubblicate sul sito dell'agenzia. Viceversa, nel caso dei pareri di ESMA, ove le autorità nazionali non intendano trasporli, non sono tenute a fornire motivazioni[17].

In tutti questi casi, non vi è norma dell'Unione europea che prescriva *come* le autorità nazionali debbano operare la predetta "trasposizione" (la terminologia "classica" dei rapporti tra ordinamenti viene qui ripresa per ragioni di chiarezza espositiva, benché ne siano evidenti i limiti); si potrebbe dire, evocando provocatoriamente l'art. 288 TFUE, che le auto-

[16] Il punto è stato confermato anche in sede di interviste con i funzionari di due diversi istituti di credito italiani.

[17] Circa gli atti *soft* adottabili da ESMA, v. J. ALBERTI, "The unbearable lightness", cit., par. 2-3.

rità nazionali sono libere «in merito alla forma e ai mezzi» da impiegare per raggiungere il risultato utile a cui mira l'atto *soft*.

CONSOB – che, è bene evidenziare, si è sempre[18] conformata a tutte le *guidelines*, dato non scontato vista la prassi italiana in materia di recepimento delle direttive – tendenzialmente opera la loro trasposizione per il tramite di altri atti *soft*, gli orientamenti e le comunicazioni. Recentemente, con riguardo alle *guidelines* di ESMA "attuative"[19] della seconda direttiva MiFID[20], CONSOB ha inaugurato una nuova e diversa prassi, ovvero quella di recepire le medesime per il tramite di una loro menzione espressa nel Regolamento "Intermediari"[21], un atto avente natura chiaramente e formalmente vincolante. Ciò, evidentemente, ben potrà influire sul valore delle *guidelines*, che in taluni casi potrebbero dirsi come rese formalmente vincolanti per il tramite di un rinvio operato da un atto interno; in assenza di precedenti giurisprudenziali che coinvolgano tali previsioni, il punto non potrà che essere oggetto di future ricerche.

Da queste delimitazioni *ratione materiae* discende che le conclusioni a cui giunge il presente studio sono da declinarsi essenzialmente nei

[18] Per la precisione, vi sono quattro casi in cui CONSOB ha manifestato la propria *intenzione* ad adeguarsi: ivi, par. 3, nota 29. La tabella riassuntiva di tutte le *guidelines*, da cui è possibile accedere anche alle *compliance chart* di ciascuna, è rinvenibile all'indirizzo https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma_guidelines.pdf.

[19] Si tratta degli Orientamenti ESMA in materia di strumenti di debito complessi e depositi strutturati, 4 febbraio 2016, ESMA/2015/1787; Orientamenti ESMA sulle pratiche di vendita abbinata, 11 luglio 2016, ESMA/2016/574; Orientamenti ESMA sulla valutazione delle conoscenze e competenze, 22 marzo 2016, ESMA/2015/1886 (tutti i dati qui riportati sono relativi alle versioni in italiano; non pubblicati in *G.U.U.E.*, gli atti *soft* di ESMA sono reperibili online all'indirizzo https://www.esma.europa.eu/databases-library/esma-library). L'uso della terminologia "attuative" incontra, di nuovo, i limiti anzidetti circa l'adattamento di un lessico classico ad atti assai più innovativi (sebbene, preme evidenziare, ormai stia emergendo la prassi per cui le medesime direttive dell'Unione in materia finanziaria sanciscono nel proprio articolato che taluni profili saranno oggetto di disciplina di dettaglio per il tramite di guidelines di ESMA, sancendo anche *ex lege* il ruolo attuativo delle seconde rispetto alle prime – nonché, per taluni versi, il valore difficilmente solo "non vincolante" che dovrà attribuirsi a tali atti attuativi: cfr. art. 21; art. 24, par. 4, let. b) e par. 11; art. 25, parr. 9, 10, 11; art. 45, par. 9; art. 48, par. 13; art. 63, par. 2 della direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 (MiFID II), (*G.U.U.E.* 12 giugno 2014 L 173, p. 349).

[20] Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, cit.

[21] Artt. 43, par. 2 e 44, par. 5 del Regolamento Intermediari (adottato, nella sua versione più recente, con delibera CONSOB n. 20307 del 15 febbraio 2018, reperibile all'indirizzo http://www.consob.it/web/area-pubblica/tuf-e-regolamenti-consob), dove si sancisce che gli intermediari «tengono conto degli Orientamenti emanati da [ESMA]»; nonché l'art. 79, par. 3, 4, 10(d), l'art. 80, par. 2 e 3, l'art. 82, par. 2, del medesimo atto, dove il dato letterale è ancor più stringente, statuendo che certi elementi fattuali devono essere valutati con riguardo agli Orientamenti ESMA/2015/1886.

contesti qui presi in considerazione. Eppure, per la diversità dei settori coinvolti, certamente analoghi nella loro connessione con il mondo economico ma chiaramente distinti, e per la pluralità delle Corti oggetto di analisi, cercheremo di proiettare i risultati raggiunti in termini più generali. Con l'auspicio di fornire una diversa chiave di lettura dei rapporti tra ordinamenti e delle loro possibili evoluzioni, e, in ogni caso, di ispirare ulteriori ricerche sul tema.

3. Giudici italiani e soft law *dell'Unione europea: elementi quantitativi di utilizzo*

Il primo obiettivo del presente studio è, ovviamente, quello di valutare *se* i giudici italiani applicano il *soft law* di provenienza "comunitaria" nei due settori presi in considerazione.

La risposta è sicuramente positiva nel settore della concorrenza, dove gli atti oggetto di studio sono stati utilizzati da giudici civili e amministrativi, ad ogni livello. L'analisi giurisprudenziale ha coperto un lasso di tempo decorrente dal 1° gennaio 2000 (o, se successivo, dal giorno di pubblicazione della prima versione dell'atto *soft* in esame) fino al 1° giugno 2018 e ha restituito un *corpus* di 175 pronunce[22] – risultato che, data anche la notoria difficoltà nel reperire la giurisprudenza di merito, pare del tutto rilevante e, comunque, è più di quattro o cinque volte maggiore del risultato ottenuto negli altri Paesi membri partecipanti al progetto di ricerca nel cui quadro si inserisce l'indagine svolta, quali, su tutti, Regno Unito, Francia e Germania.[23] Sarebbe certamente interessante comparare questo dato – relativo a sentenze e ordinanze che citano gli atti *soft* in esame – con il numero totale di pronunce che riguardano i temi coperti dai medesimi, così da valutare con quale frequenza tali atti vengono invocati nei contenziosi aventi ad oggetto temi da essi "regolati" (*rectius*, trattati). Una simile analisi, che chiaramente si scontra con l'intrinseca difficoltà di valutare quantitativamente la giustizia italiana, è lasciata a future ricerche; si sottolinea, per il momento, che in sede di intervista sia i giudici civili (ricordiamo, della Sezione specializzata Im-

[22] Per tutti i dati quantitativi, divisi anche per atto e giudice (amministrativo e civile; primo grado e Corti superiori), nonché per le banche dati consultate e le parole chiave utilizzate, v. J. ALBERTI, F. CROCI, "National Report on Italy", cit., p. 8. Si specifica che, se non specificata la fonte, le sentenze citate sono rinvenibili nella banca dati ufficiale della giurisdizione di riferimento (ad esempio, www.giustizia-amministrativa.it per le sentenze dei giudici amministrativi) o sulla banca dati *De Jure*.

[23] Cfr. i *country reports* del settore ora in esame, reperibili all'indirizzo https://www.solar-network.eu/publications/solar-working-papers/.

prese che si occupa tra l'altro del *private antitrust enforcement* presso il Tribunale di Milano, nonché della Corte di appello che conosce in secondo grado le sentenze della prima), sia un giudice amministrativo del TAR Lazio, Roma (notoriamente competente per i giudizi di impugnazione delle delibere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM), hanno confermato come l'utilizzo degli atti *soft* dell'Unione sia assolutamente significativo, per tutte le cause che rientrano nel campo di applicazione dei medesimi.

Nel settore dei mercati finanziari, invece, si ravvisano molti meno casi rilevanti ai fini della presente indagine. Addirittura, limitando l'analisi ai giudici *stricto sensu*, non si trova (ancora) alcuna sentenza o ordinanza che citi gli atti *soft* adottati da ESMA. Vi sono alcuni casi[24] in cui i giudici, prevalentemente civili, inseriscono nel tessuto argomentativo delle proprie pronunce atti di *soft law* adottati da CONSOB, talvolta anche "in attuazione" di atti *soft* adottati da ESMA o dal Comitato sulla base del quale la medesima è stata creata e rafforzata[25]. Si tratta, dunque, di atti estremamente connessi, quando non direttamente consequenziali, ad atti *soft* dell'Unione; ma, in ogni caso, non di veri e propri atti *soft* dell'Unione europea. Pertanto, tali esempi verranno analizzati nel prosieguo con finalità comparative e identificandone la specificità.

Esempi di utilizzo diretto (e massiccio) di atti *soft* adottati direttamente da ESMA – e, in particolare, delle già menzionate *comply or explain guidelines* – si trovano, invece, nella casistica dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie (in seguito, ACF)[26], operativo dal 9 gennaio 2017.

Benché tale organismo sia uno strumento di risoluzione alternativa delle controversie, e non dunque un vero e proprio giudice, le sue pronunce – a sommesso avviso di chi scrive – non devono essere sottovalutate.

Innanzitutto, l'ACF è competente per tutte le cause di risarcimento dei danni patiti da investitori sino alla soglia di € 500.000,00. Le sue decisioni non sono vincolanti, perché gli istituti finanziari eventualmente soccombenti possono sempre decidere di non adeguarvisi. In tal caso, il ricorrente potrà adire l'autorità giudiziaria e, ad ogni modo, il nome

[24] Per un'analisi dettagliata, si rimanda a J. ALBERTI, "The unbearable lightness", cit., par. 5.2.

[25] Sulla nascita di ESMA, v. *ex multis* N. MOLONEY, "The European Securities and Markets Authority and institutional design for the EU financial market: a tale of two competences. Part (1), Rule-making", in *European Business Organization law review*, 2011, p. 41-86.

[26] Istituito dal combinato disposto del D. Lgs. 6 agosto 2015, n. 130 (*G.U.R.I.* 19 agosto 2015 n. 191) e della Delibera CONSOB n. 19602 del 4 maggio 2016.

dell'operatore finanziario inadempiente sarà reso pubblico, per causare al medesimo un danno reputazionale, tramite un meccanismo di *name and shame*[27]. È fondamentale evidenziare che adire l'Arbitro è un prerequisito per poter poi instaurare un giudizio civile; pertanto, la sua "giurisdizione" è del tutto obbligatoria. Inoltre, l'ACF è un Arbitro estremamente istituzionalizzato: la sua sede è all'interno della CONSOB stessa ed è composto da accademici, notai, magistrati (civili o contabili), dirigenti della medesima CONSOB e avvocati[28].

Per tutti questi motivi, l'ACF si sta imponendo – nei soli tre anni da cui è operativo, sebbene lo stesso poggi su una tradizione ben più risalente[29] – come un'assise estremamente qualificata nella risoluzione delle controversie in materia finanziaria[30]; le sue tendenze operative ben potrebbero influenzare anche il comportamento dei giudici che, di fatto, si troveranno a conoscere "in secondo grado" le questioni già affrontate e risolte dall'ACF. La prassi, in tal senso, è ancora assente, e meriterà un'attenta considerazione in futuro; ciò anche perché, come subito si esaminerà più nel dettaglio, numerose sono le decisioni dell'ACF che hanno utilizzato, in maniera anche molto innovativa, gli atti *soft* adottati da ESMA.

4. Il valore attribuito agli atti soft *dell'Unione europea nei giudizi interni*

Dopo avere brevemente esposto i risultati delle ricerche condotte dal punto di vista quantitativo, pare opportuno svolgere alcune considerazioni – sotto il profilo, per così dire, qualitativo – in merito ai principali aspetti emersi dalle interviste e dall'analisi della giurisprudenza con riguardo al valore attribuito agli atti *soft* dell'Unione europea dai giudici italiani e dall'ACF nei settori esaminati.

[27] La lista degli intermediari inadempienti è pubblicata *online* all'indirizzo https://www.acf.consob.it/web/guest/decisioni-del-collegio/intermediari-inadempienti.

[28] Cfr. artt. 5 e 6 del Regolamento allegato alla delibera CONSOB n. 19602, cit.

[29] Si pensi, su tutti, alla pregressa esperienza del Conciliatore Bancario Finanziario, istituito su iniziativa privata nel 2005 e a cui aderirono, di propria sponte, 756 membri. Si veda, in proposito, F. CAPRIGLIONE, "La giustizia nei rapporti bancari e finanziari", in *Banca borsa titoli di credito*, 2010, p. 261.

[30] Cfr. ACF - Relazione sull'attività svolta nel corso del 2018, disponibile *online* all'indirizzo https://www.acf.consob.it/web/guest/pubblicazioni/relazioni-annuali. Circa il positivo giudizio della comunità giuridica e professionale di riferimento, si veda il *post* di M. DE LEO, A. TROIANIELLO, G. PANDINI, "Arbitro per le Controversie Finanziarie: primi bilanci e prospettive future del nuovo sistema di risoluzione alternativa delle dispute finanziarie", in http://www.dirittobancario.it.

Per quanto riguarda, in primo luogo, le interviste, occorre premettere che le risposte date alla domanda – posta in termini generali – relativa all'efficacia concretamente riconosciuta agli atti *soft* dell'Unione europea sono state, in linea di principio, largamente coincidenti. Invero, tutti gli intervistati hanno condiviso l'idea secondo cui al *soft law* non sarebbe riconducibile alcun tipo di efficacia vincolante; solo l'intervista condotta con un membro dell'ACF ha portato a conclusioni più nette circa un valore sostanzialmente vincolante delle *guidelines*, motivato in ragione della forte astrattezza dei principi sanciti a livello legislativo.

Infatti, analizzando in concreto la giurisprudenza rinvenibile nel settore della concorrenza, si evince che nella maggioranza dei casi agli atti *soft* dell'Unione europea viene attribuito un valore essenzialmente ausiliario, menzionandoli congiuntamente a – *rectius*, a supporto di – atti vincolanti e/o precedenti decisioni dei giudici dell'Unione o nazionali[31]. Il rapporto si inverte nel settore finanziario, dove la casistica dell'ACF fa emergere, al contrario, una maggioranza di casi in cui l'atto *soft* è chiamato ad un ruolo assai più incisivo, come subito si dirà.

Tuttavia, anche nel settore della concorrenza, superata la parte introduttiva delle interviste, ed a fronte di domande vieppiù specifiche, le risposte di buona parte degli intervistati hanno tradito un approccio – a nostro avviso – almeno parzialmente diverso rispetto a quanto in precedenza affermato. Tale diversità risulta, ad esempio, dal fatto che più di un giudice abbia riconosciuto che avvertirebbe l'esigenza di fornire una ben precisa motivazione in tutti i casi in cui decida di "discostarsi" dalle previsioni contenute in un atto *soft*[32]. L'esigenza in questione è stata ma-

[31] Ciò accade tendenzialmente nel 66% della giurisprudenza amministrativa in materia di concorrenza e nel 75% della giurisprudenza civile nel medesimo settore; per i mercati finanziari, la percentuale è pari al 39%. In tutti questi casi l'atto *soft* è utilizzato *insieme* ad atti *hard* o a giurisprudenza nazionale o dell'Unione; ovviamente la sua capacità di influenzare l'iter argomentativo potrà prendere forme molto diverse (dalla mera menzione, al supporto nell'interpretazione della norma vincolante, alla disciplina di casi non previsti nella norma vincolante, ecc.): il grado di "ausilio" sarà poi illustrato *infra*, nel corpo del testo, con esempi concreti. Per analisi più di dettaglio e che trascendono ciò che rileva per lo studio dei rapporti tra ordinamenti, v. J. ALBERTI, "The unbearable lightness", cit., par. 5; J. ALBERTI, F. CROCI, "National Report on Italy", cit., p. 8-14.

[32] Tale esigenza deve essere tenuta ben distinta, a nostro avviso, dall'obbligo di motivazione posto, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia, in capo all'istituzione che adotta atti non vincolanti, nel caso in cui essa si discosti da tali atti (dal momento che i giudici nazionali, evidentemente, sono soggetti terzi rispetto all'istituzione emanante). Tra le numerose pronunce cfr., ad esempio, Corte giust., sent. 30 gennaio 1974, causa 148/73, *Louwage c. Commissione*, ECLI:EU:C:1974:7, spec. punto 12; Corte giust., sent. 29 settembre 2011, causa C-520/09 P, *Arkema c. Commissione*, EU:C:2011:619, spec. punto 88; Corte giust., sent. 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*,

nifestata, nei termini appena descritti, dai giudici civili, ed in particolare dai giudici intervistati facenti parte del Tribunale di Milano e della Corte d'Appello di Milano, nonché dall'ACF (che, però, ha specificato di non aver mai contraddetto un atto *soft* di ESMA, in linea, d'altronde, con l'approccio già evidenziato *supra*). Ma dichiarazioni non dissimili sono state rese altresì da giudici amministrativi, segnatamente dal magistrato del TAR Lazio, il quale ha rilevato come, nell'ambito del sindacato sui provvedimenti dell'AGCM, sia solito verificare che l'Autorità abbia fornito una motivazione ogniqualvolta una soluzione interpretativa adottata sia difforme da quella indicata in un atto di *soft law*[33].

Beninteso: non si ravvisano, in giurisprudenza, molti esempi in tal senso, perché come subito si dirà i casi di disconoscimento di un atto *soft* sono rarissimi[34]. In ogni caso, la circostanza che i giudici intervistati ritengano necessario, o quantomeno opportuno, giustificare il mancato "rispetto" di previsioni formalmente non vincolanti potrebbe certo spiegarsi alla luce della volontà di fornire una motivazione chiara ed esaustiva in merito alle scelte interpretative compiute, nonché nell'ottica di prevenire eventuali censure che potrebbero essere mosse in sede di impugnazione della sentenza. Tuttavia, tale circostanza pare indicativa non solo di un'incidenza pratica degli atti *soft* particolarmente elevata, ma altresì di una necessità avvertita dagli organi giudiziari, quantomeno *de facto*, di dare conto di "deroghe" a (presunte) regole, che, in linea di principio, tali non dovrebbero essere.

EU:C:2005:408, spec. punti 209-211; Corte giust., sent. 5 marzo 2015, causa C-667/13, *Banco Privado Portugues*, ECLI:EU:C:2015:151, spec. punto 69.

[33] Per dovizia di particolari, si sottolinea come ad analoghe conclusioni siano giunti anche i funzionari dell'AGCM che hanno preso parte alle interviste: v. J. ALBERTI, F. CROCI, "National Report on Italy", cit., p. 7-8. Nel settore dei mercati finanziari il punto è stato invece sollevato in termini distinti: un funzionario CONSOB incaricato della sorveglianza degli intermediari finanziari ha riconosciuto che, nei procedimenti che possono portare a una sanzione, discostarsi dagli orientamenti ESMA rovescia l'onere della prova. Solitamente, CONSOB sanziona gli intermediari finanziari solo dopo aver dimostrato che questi ultimi abbiano commesso violazioni; viceversa, se gli intermediari non seguono le procedure e i "suggerimenti" operativi contenuti negli orientamenti, spetterà a loro dimostrare di non aver violato i principi generali sanciti a livello legislativo (v. J. ALBERTI, "The unbearable lightness", cit., par. 4).

[34] Ciò vale tanto per i casi di disconoscimento esplicito, quanto implicito; per maggiori informazioni sul secondo, che soprattutto nel settore della concorrenza avrebbe potuto verificarsi, v. J. ALBERTI, F. CROCI, "National Report on Italy", cit., p. 10 e ss.; Z. GEORGIEVA, "The judicial reception of competition soft law in the Netherlands and the UK", cit., p. 54-86; Z. GEORGIEVA, "Soft law in EU competition law and its judicial reception in the Member States: a theoretical perspective", cit., p. 223; Z. GEORGIEVA, "Competition soft law in French and German courts: A challenge for online sales bans only?", cit., p. 175.

Inoltre, osservando più analiticamente la giurisprudenza relativa ai settori in esame, emerge un nutrito numero di casi in cui è possibile riscontrare un ricorso ad atti *soft* con modalità tali da far ritenere che il valore loro riconosciuto da parte dei giudici nazionali sia, in realtà, ben più significativo di un mero "ausilio interpretativo" delle norme *hard*.

Ad esempio, come anticipato, sono rarissimi i casi in cui il giudice si discosta da un atto *soft* affermando espressamente di non ritenersi vincolato da tale atto proprio in quanto formalmente privo di portata cogente. Questo tipo di affermazione si ritrova unicamente in tre pronunce in materia di concorrenza[35] e in nessun caso nel settore dei mercati finanziari (in cui però, se si amplia l'indagine prendendo in considerazione anche atti *soft* di CONSOB o del Comitato europeo sulle cui basi è stata fondata ESMA, emergono alcune pronunce che, invece, esplicitamente escludono ogni valore vincolante di tali atti, seppur cadendo, talvolta, in *lapsus* piuttosto indicativi della sottile complessità del problema)[36].

Si ravvisano, poi, casi di notevole deferenza dei giudici nei confronti di atti *soft*. Il caso più paradigmatico è costituito da una sentenza pronunciata nel 2014 in materia di concorrenza, in cui il Tribunale di Milano ha ritenuto di non potersi discostare da un atto *soft* adottato dalla

[35] Tribunale di Torino (sez. I civ.), ord. 4 luglio 2017, che esplicitamente non dà applicazione agli orientamenti aggiuntivi in materia di restrizioni verticali negli accordi per la vendita e la riparazione di autoveicoli, che dunque è l'esempio più paradigmatico di tale (limitatissimo) orientamento; Tribunale di Milano, sent. 5 gennaio 2012, dove in realtà si applicano le Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale (che, quindi, *non* vengono disconosciute), seppur affermando che queste offrano «una prima risposta, seppure a livello di Guidelines e quindi di natura non vincolante»; infine, Consiglio di Stato (sez. VI) sent. 20 ottobre 2016 n. 4374, in cui i giudici non applicano la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, a dispetto di quanto richiesto dal ricorrente, perché sollevano uno specifico rinvio (caso C-428/14, *DHL*) nel quale la Corte di giustizia rileva che «né la comunicazione sulla cooperazione né la comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese […] sono vincolanti nei confronti degli Stati membri [né] delle autorità nazionali». In tale ultimo caso, dunque, la mancata applicazione dell'atto *soft* deriva da una specifica "autorizzazione" in tal senso da parte della Corte di giustizia.

[36] Cfr., in particolare, Tribunale di Verona, sent. 25 Marzo 2017 n. 687, in cui, dopo aver affermato che una Comunicazione CONSOB sia «un documento privo di diretta portata precettiva ma esplicativo degli obblighi di legge» si aggiunge però che lo stesso «stabilisc[e] numerosi ed assai stringenti *obblighi* di trasparenza *ex ante* a carico dell'intermediario, nessuno dei quali è stato osservato nel caso di specie» - enfasi aggiunta). In merito al carattere non vincolante degli atti citati nel testo, cfr. altresì, ad esempio, Tribunale di Parma, sent. 21 Aprile 2017 n. 582; Cassazione (sez. V pen.), sent. 21 Settembre 2018 n. 49869, par. 3.2;

Commissione europea, *pur affermando espressamente di non condividere nel merito il contenuto di tale atto*[37].

L'atto in questione consisteva in un «parere»[38] reso dalla Commissione all'AGCOM in data 7 febbraio 2007 «ai sensi dell'art. 7(4) della Direttiva Quadro 2002/21/CE in tema di reti e servizi di comunicazione elettronica»[39]. Esso esula, in quanto tale, dagli atti presi in considerazione nel presente studio; tuttavia, merita un accenno sia perché lo stesso viene combinato, *inter alia* e come subito si dirà, anche con atti rientranti invece nel perimetro d'indagine, sia perché paradigmatico di una più generale tendenza nell'uso degli atti *soft* che merita di essere tenuta in considerazione.

In forza del predetto intervento della Commissione europea, l'AGCOM modificava il proprio orientamento in merito alla definizione del "mercato rilevante" nei settori in questione, affermando in particolare che i servizi di accesso e di raccolta delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche mobili non rientravano in mercati rilevanti specifici dei singoli operatori di rete mobile, su ciascuno dei quali il relativo operatore sarebbe stato in posizione dominante, bensì in un unico mercato rilevante, unitariamente inteso, nel quale nessun operatore economico avrebbe potuto godere di un significativo potere di mercato[40].

In tale quadro, il Tribunale riconosce esplicitamente come il cambio di orientamento dell'AGCOM sia da ricondursi alle posizioni espresse dalla Commissione sul punto, sia pure con atti formalmente non vincolanti; e, in termini ancor più interessanti, lo stesso afferma che, pur potendo «nutrire perplessità circa l'orientamento» da ultimo accolto in materia di identificazione del mercato rilevante, esso «deve orientarsi verso il rispetto delle indicazioni che derivano dalla Commissione». Questa *primauté* data ad atti *soft* della Commissione, pur non condividendone il

[37] Trib. Milano, Sez. specializzata in materia di impresa "A", 23 giugno 2014, n. 8400, confermata da App. Milano, 1° febbraio 2017, n. 407, in *Giurisprudenza Antitrust Milanese (GAM)*, http://gam.eurojus.it/it/. Conforme, *in parte qua*, Trib. Milano, Sez. specializzata in materia di impresa "A", 1° aprile 2016, n. 4255, *ivi*.

[38] Trib. Milano, Sez. specializzata in materia di impresa "A", 23 giugno 2014, n. 8400, cit. Si noti che nella successiva sentenza del Trib. Milano, Sez. specializzata in materia di impresa "A", 1° aprile 2016, n. 4255, cit., l'atto in questione è denominato «lettera».

[39] Così Trib. Milano, Sez. specializzata in materia di impresa "A", 23 giugno 2014, n. 8400, cit., spec. par. 8. Il riferimento è alla direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro) (*G.U.C.E.* 24 aprile 2002 L 108, p. 33).

[40] Cfr. Delibera dell'AGCOM n. 65/09/CONS del 13.2.2009, successivamente confermata dalle delibere AGCOM n. 115/12/CIR e n. 116/12/CIR del 8.11.2012.

contenuto (!), viene giustificata dal Tribunale di Milano richiamando sia l'art. 16, par. 1, del regolamento (CE) n. 1/2003[41], sia il punto 12 della Comunicazione sulla cooperazione tra Commissione e giudici nazionali nell'applicazione degli art. 81 e 82 TCE, in base ai quali, come noto, i giudici nazionali, nel pronunciarsi in merito all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, non possono assumere provvedimenti in contrasto con una decisione già adottata, o anche solo contemplata, dalla Commissione europea. In particolare, il predetto "parere" reso dalla Commissione all'AGCOM viene ricondotto dal Tribunale alla nozione di decisione «contemplata» dall'istituzione dell'Unione, nella misura in cui, «manifesta[ndo] in modo deciso l'orientamento della Commissione sul punto, anticip[a] il risultato di una sua possibile decisione»[42]. E, ad avviso del Tribunale, il peso delle opinioni della Commissione non può essere sottovalutato, tenuto conto altresì del ruolo di *amicus curiae* che la stessa può svolgere nei confronti delle corti nazionali ai sensi dell'art. 15 del medesimo regolamento (CE) n. 1/2003.

Se non suscita sorprese il fatto che un giudice dia applicazione ad un atto *soft* "appoggiandosi" ad una norma *hard* che definisce il quadro giuridico di riferimento per quel settore, o al principio generale che viene poi attuato nel dettaglio dall'atto *soft*, ben più originale pare la prassi consistente nel ricercare in norme *hard* generali, quali quelle sul rapporto tra giudice e Commissione (per giunta, come interpretate con l'ausilio di altri atti *soft* come la Comunicazione sulla cooperazione tra Commissione e giudici nazionali), il conforto per utilizzare atti *soft con il cui contenuto il giudice afferma esplicitamente di dissentire*.

Nonostante la formale non vincolatività, dunque, il giudice può sentirsi in un certo qual modo tenuto a dare applicazione all'atto *soft*, anche contro il proprio personale convincimento; e, per giunta, senza nemmeno adire la Corte di giustizia *ex* art. 267 TFUE, cercando conforto in previsioni con carattere (anche formalmente) vincolante. E ciò anche se tali previsioni in realtà difficilmente possono giustificare un siffatto utilizzo:

[41] Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (*G.U.C.E.* 4 gennaio 2003 L 1, p. 1). Si riporta, a fini di chiarezza espositiva, la parte rilevante del testo della previsione citata: «Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati […]».

[42] Trib. Milano, Sez. specializzata in materia di impresa "A", 23 giugno 2014, n. 8400, cit., spec. par. 8.

ed è proprio il caso della sentenza appena esaminata, che si fonda su un'interpretazione quantomeno estensiva della nozione di «decisione contemplata dalla Commissione *in procedimenti da essa avviati*»[43], di cui all'art. 16, par. 1, del regolamento (CE) n. 1/2003 e al punto 12 della summenzionata Comunicazione. Nel caso in esame, infatti, *(i)* non vi era alcuna decisione (né era previsto che ne venisse adottata una), ma un atto dichiaratamente non vincolante; *(ii)* non era stato avviato alcun procedimento ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003, bensì era stato considerato un atto adottato in forza della distinta disciplina relativa al settore delle comunicazioni elettroniche.

L'ultima tendenza che sembra rivelare un ruolo del *soft law* dell'Unione europea assai più incisivo di quanto possa immaginarsi *prima facie* consiste nell'utilizzo di atti *soft* da parte dei giudici nazionali *in via autonoma*, senza alcuna menzione aggiuntiva di atti vincolanti ovvero di giurisprudenza nazionale o europea, per trattare un punto di diritto e/o per accogliere o rigettare un motivo di ricorso. Questa modalità di utilizzo degli atti *soft* dell'Unione europea sembra particolarmente indicativa della circostanza che, nella pratica, i giudici nazionali attribuiscono a tali atti, a ben vedere, un valore assai diverso da quello, meramente ausiliario, al quale è stato fatto frequentemente riferimento, come si è visto *supra*, nelle risposte date nell'ambito delle interviste.

I casi nei quali gli atti *soft* sono utilizzati quali atti *self-standing* sono diversi, tanto in materia di concorrenza, quanto nel settore dei mercati finanziari. Da un punto di vista quantitativo, ciò accade in oltre un terzo delle sentenze dei giudici amministrativi[44] e di circa un quarto di quelle dei giudici civili[45] rese in materia di concorrenza; tra le decisioni prese in esame nel settore dei mercati finanziari, invece in oltre il 60% delle pro-

[43] Enfasi aggiunta.

[44] TAR Roma (sez. I), sent. 8 maggio 2007 n. 4123; TAR Roma (sez. I), sent. 2 agosto 2013 n. 7826; Consiglio di Stato (sez. VI), sent. 8 aprile 2014 n. 1673; Consiglio di Stato (sez. VI), sent. 18 luglio 2014 n. 3849 (dove, in verità, l'atto *soft* viene supportato da una citazione di un precedente dello stesso giudice, l'appena menzionata sentenza 1673/2014, in cui però l'atto *soft* era usato in via autonoma); TAR Roma (sez. I), sent. 20 marzo 2014 n. 3046 e 3047; TAR Roma (sez. I), sent. 7 maggio 2013 n. 4478; TAR Roma (sez. I), sent. 18 giugno 2012 n. 5559 e 5609; TAR Roma (sez. I), 3 giugno 2014 n. 5858; TAR Torino (sez. I), sent. 30 novembre 2017 n. 1301; TAR Roma, sent. 24 novembre 2017 n. 11646; a ciò si aggiungono le sentenze relative alla Comunicazione «de minimis», su cui *infra* nel testo.

[45] Cassazione (sez. trib.), sent. 17 febbraio 2006 n. 3525; Tribunale di Milano (sez. spec. imprese A), ord. 1° febbraio 2016; Tribunale Milano (sez. spec. imprese A), ord. 15 dicembre 2015; Tribunale Milano (sez. spec. imprese A), sent. 4 aprile 2018 n. 3839; a ciò si aggiungono le sentenze relative alla Comunicazione «de minimis», su cui *infra* nel testo.

nunce dell'ACF[46]. Nelle percentuali relative al settore della concorrenza pesa molto la giurisprudenza sulla Comunicazione «de minimis», che viene utilizzata come unica base giuridica nel ragionamento dei giudici sui profili che la interessano nel 93% dei casi[47]; pertanto, ove non si tenesse conto dei risultati relativi a tale atto, le percentuali scenderebbero, all'incirca, all'11% con riguardo ai giudici amministrativi e al 16% per quelli civili.

La Comunicazione «de minimis» merita, infatti, un ragionamento autonomo, dal momento che il suo utilizzo in maniera *self-standing* avviene sempre per applicare il principio per cui le restrizioni gravi (c.d. *hardcore*) della concorrenza non permettono l'applicazione del noto criterio *de minimis*. Si potrebbe dunque obiettare che, per applicare tale principio, il giudice non potrebbe che utilizzare *unicamente* la Comunicazione della Commissione, dal momento che, per lo meno fino alla nota sentenza *Expedia*[48], tale principio veniva sancito, in termini generali, esclusivamente in quell'atto.

Eppure, tale argomento non pare cogliere del tutto nel segno: in primo luogo, una giurisprudenza totalmente minoritaria, di un'unica sezione del Consiglio di Stato, ha derivato tale principio dal riferimento operato dall'art. 2 della Legge n. 287/1990 alle restrizioni «consistent[i]» della concorrenza e al principio di ragionevolezza[49]. In secondo luogo, ove anche tali argomenti non convincessero, mai si rinviene nella giurisprudenza nazionale che applica tale principio il benché minimo *caveat* circa il valore non vincolante dell'atto in cui lo stesso è sancito[50]; né vie-

[46] Vedi le decisioni di cui alle note 77, 78 e 79, nonché ACF, decisione 14 novembre 2018 n. 1084. Tutte le decisioni dell'ACF sono pubblicate all'indirizzo https://www.acf.consob.it/web/guest/decisioni-del-collegio/ricerca-avanzata.

[47] Consiglio di Stato (sez. VI), sent. 25 marzo 2009 n. 1794 e 1796; Consiglio di Stato (sez. VI), sent. 3 aprile 2009 n. 2093, 2201, 2203-2206; TAR Roma (sez. I), sent. 29 marzo 2012 n. 3025-3028, 3034, 3038, 3039, 3041, 3042; TAR Roma (sez. I), sent. 3 luglio 2012 n. 6044; Consiglio di Stato (sez. VI), sent. 24 settembre 2012 n. 5067; TAR Roma (sez. I), sent. 29 marzo 2012 n. 3025-3042; per la giurisprudenza successiva ad *Expedia*, v. *infra*.

[48] Corte giust., sent. 13 dicembre 2012, causa C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795.

[49] Consiglio di Stato (sez. VI), sent. 30 agosto 2002 n. 4362, par. 5.5.1.; Consiglio di Stato (sez. VI), sent. 2 marzo 2004, n. 926; Consiglio di Stato (sez. VI), sent. 8 febbraio 2007, n. 515.

[50] Vi sono unicamente due, parziali, eccezioni: Corte d'Appello di Milano, 11 luglio 2003, *Bluvacanze* e 10 dicembre 2004, *Inaz Paghe S.r.l.*, in cui il giudice utilizza la Comunicazione "de minimis" insieme all'art. 1, c. 4, della Legge 287/1990, *ergo* la norma che afferma che le norme italiane in materia *antitrust* vanno interpretate alla luce dei *principi* (quindi, potenzialmente anche contenuti in atti *soft*) dell'ordinamento dell'Unione. Si tornerà sul punto *infra*, nota 54.

ne citata la ricordata sentenza della Corte di giustizia, o (eventualmente) altri precedenti nazionali, e neppure si trovano riferimenti a norme dettate da atti vincolanti, quale ad esempio l'art. 4 del Regolamento generale di esenzione[51], il quale certamente vale solo nell'ambito degli accordi verticali e, però, avrebbe potuto suffragare un ragionamento per analogia; né, infine, il giudice procede all'applicazione di tale principio facendo leva sulla propria discrezionalità.

Pertanto, ad una più attenta analisi, anche l'utilizzo della Comunicazione De Minimis sembra far trapelare una rilevante fiducia dei giudici nazionali nei confronti degli atti *soft*, che pare pienamente confermata anche dal fatto che, persino nella giurisprudenza[52] successiva ad *Expedia*, il principio per cui le restrizioni *hardcore* non rientrano nelle esenzioni *de minimis* viene ricondotto sempre ed esclusivamente alla Comunicazione della Commissione, senza alcuna citazione della recente giurisprudenza di Lussemburgo.

Le statistiche più accurate, dunque, dovrebbero a nostro avviso ricomprendere anche tale Comunicazione, indicativa di un approccio da non sottovalutare. In ogni caso, numerosi e rilevanti sono i casi in cui il *soft law* diviene, di fatto, l'unico parametro "normativo" esplicito in base al quale un giudice nazionale determina la legittimità, o meno, di un determinato comportamento delle parti in causa ovvero dello specifico provvedimento amministrativo impugnato.

5. La rilevanza autonoma degli atti soft *dell'Unione europea nei giudizi interni: una proposta per un cambio di prospettiva*

Quanto appena osservato – sulla scorta dell'analisi giurisprudenziale condotta – in merito alla frequente autonomia degli atti *soft* nel guidare l'interpretazione dei fatti di causa da parte dei "giudici" nazionali (ivi

[51] Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010, (*G.U.U.E.* 23 aprile 2010 L 102, p. 1 ss).

[52] Consiglio di Stato (sez. VI), sent. 13 giugno 2014 n. 3032; Consiglio di Stato (sez. VI), 30 giugno 2016 n. 2947; Consiglio di Stato (sez. VI), sent. 11 luglio 2016 n. 3047; TAR Roma (sez. I), sent. 28 luglio 2017 n. 9046-9048, 9050, 9055, 9057, 9059, 9061, 9062, 9065, 9068 (si noti che tutte queste pronunce citano, oltre all'atto *soft*, anche i precedenti summenzionati del Consiglio di Stato del 2016; essi, a loro volta, supportano la citazione dell'atto *soft* unicamente con il precedente del Consiglio di Stato n. 3032/2014, il quale, tuttavia, usa l'atto *soft* in via del tutto autonoma). Si veda altresì Cassazione (sez. un.), 20 gennaio 2014 n. 1013, dove si cita unicamente la Comunicazione della Commissione, in un frangente però che in realtà riprende l'iter argomentativo svolto dal Consiglio di Stato e che, dunque, non pare veramente indicativo dell'approccio della Suprema Corte al tema.

compreso, per semplicità espositiva, l'ACF), merita, a nostro avviso, alcune riflessioni ulteriori.

Invero, pare sin troppo semplice l'obiezione secondo cui dalla mancanza di riferimenti espressi ad atti o principi di carattere vincolante, in un determinato passaggio di una pronuncia adottata da un giudice nazionale (nel quale, invece, viene citato un atto non vincolante), non potrebbe automaticamente desumersi che tale giudice si sia fondato in via esclusiva sull'atto *soft* menzionato. E ciò, a maggior ragione, in quanto gli atti non vincolanti adottati a livello dell'Unione sono sempre, almeno in una certa misura, espressione di principi generali del sistema, nonché, in molti casi, in qualche modo "coperti" da una disposizione di carattere generale (di diritto primario ovvero derivato) che viene semplicemente specificata o chiarita da indicazioni contenute in un atto *soft*[53]. Tale rapporto, evidentemente, può rimanere anche sotto traccia, ed essere quindi solo implicito, non risultando espressamente dal testo delle decisioni dei giudici nazionali, ad esempio per ragioni di "economia argomentativa".

L'obiezione, in linea generale, coglie certamente nel segno. Tuttavia, a nostro avviso, ed alla luce dell'indagine empirica condotta, nella complessità dell'attuale panorama delle fonti risulta vieppiù semplicistico, forse addirittura *naïf*, pensare che gli atti *soft* dell'Unione europea trovino applicazione nei giudizi nazionali sempre e solo in quanto "coperti" da principi o regole *hard*. Infatti, per un verso, gli atti non vincolanti adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione sono sempre più sofisticati e dettagliati, contenendo in molti casi tutte le prescrizioni utili per inquadrare una determinata fattispecie e fornendo indicazioni più precise e concrete rispetto agli stessi atti legislativi. Per altro verso, anche solo per le note esigenze di efficienza e di gestione dell'ingente carico di lavoro da parte dei giudici, non pare si possa sottovalutare la tentazione – del resto ascrivibile alla generalità degli interpreti, e non certo ai soli giudici – di riferirsi direttamente ai soli atti *soft*, senza verificare in concreto se ed in quale misura le soluzioni interpretative che tali atti suggeriscono (o compendiano) siano corrispondenti a quelle che si

[53] Sotto questo profilo, va ricordato un filone interpretativo (e giurisprudenziale) piuttosto risalente (l'ultima pronuncia in tal senso essendo del 2004) che, in materia di concorrenza, giustifica la notevole rilevanza assunta dagli atti *soft* della Commissione europea nel nostro ordinamento sulla scorta della previsione di cui all'art. 1, quarto comma, della legge antitrust italiana (l. n. 287/90), ai sensi del quale: «L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza». Cfr., ad esempio, la giurisprudenza citata *supra*, alla nota 51.

trarrebbero dagli atti vincolanti e/o dai precedenti della giurisprudenza europea e nazionale potenzialmente applicabili al caso di specie[54].

Si tratta, chiaramente, di asserzioni difficili da dimostrare (e che, peraltro, rischiano di sconfinare nel diverso campo della sociologia o della psicologia giudiziaria[55]). E, tuttavia, non pare facilmente contestabile l'opportunità di riflettere con attenzione in merito alle implicazioni di carattere sistematico che comporta il ricorso agli atti *soft* dell'Unione europea da parte dei giudici nazionali, soprattutto nella prospettiva "autonoma" di cui si è detto.

Due aspetti meritano, a nostro avviso, una particolare attenzione.

In primo luogo, l'uso del *soft law* dell'Unione europea da parte dei giudici nazionali dovrebbe avvenire in maniera più consapevole: e non ci si riferisce qui ad aspetti "esterni" alla sfera processuale, su cui dopo si ritornerà, quali ad esempio la genesi di tali atti e al loro impatto sugli equilibri istituzionali; ma anche e solo, "banalmente", alle regole processuali di base per disciplinare il loro utilizzo in giudizio.

Nel settore della concorrenza, che essendo più risalente nel tempo conosce una fitta stratificazione di diverse versioni di un medesimo atto *soft*, ancora non c'è una prassi consolidata per definire quale atto dovrà utilizzare il giudice in giudizio: quello "in vigore" al momento dei fatti oggetto di causa, o quello vigente nel momento in cui si risolve la controversia[56]? Beninteso: l'analisi giurisprudenziale condotta non ha riportato casi in cui l'utilizzo di un'altra versione dell'atto *soft* avrebbe porta-

[54] È da notare, peraltro, che uno dei giudici intervistati (in particolare, quello appartenente alla Sezione specializzata in materia di Impresa "A" del Tribunale di Milano), in risposta ad una specifica domanda sul punto, ha affermato espressamente di "non fidarsi" del solo contenuto degli atti *soft* della Commissione, procedendo sempre, pertanto, ad una verifica dei precedenti giurisprudenziali citati in tali atti, nonché ad una più ampia ricerca in merito alla giurisprudenza rilevante. Il medesimo giudice ha tracciato, in proposito, un parallelo con le massime delle sentenze della Cassazione, rilevando come, anche in tal caso, sia opportuno controllare sempre l'effettiva corrispondenza con il contenuto della sentenza massimata. Se tali considerazioni sono indiscutibilmente significative, esse non paiono comunque sufficienti, di per sé, a negare in radice la tentazione cui si è fatto riferimento nel testo.

[55] In proposito cfr., *ex multis*, i contributi raccolti in *The Psychology of Judicial Decision Making* (a cura di Klein, Mitchell), Oxford, 2010.

[56] Per alcune considerazioni in merito al principio di irretroattività con particolare riguardo agli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende, cfr. Corte giust., 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C2005:408, spec. punti 198 ss., ove, peraltro, non viene chiarita, in termini generali, la questione sollevata nel testo in relazione all'applicazione temporale degli atti *soft,* anche in considerazione del fatto che, in quel caso, l'atto *soft*, rilevante era stato adottato *ex novo* in epoca successiva rispetto ai fatti di causa.

to a diverse conclusioni sul merito della controversia; tuttavia, non può escludersi che ciò ben potrebbe avvenire in futuro. Il punto, infatti, non pare propriamente irrilevante, ed evidentemente costituisce una regola così fondamentale che non può essere lasciata alla discrezionalità dei singoli giudici, tanto più se poi si dovesse unire a utilizzi autonomi dell'atto medesimo. Eppure, la giurisprudenza sul punto è del tutto altalenante, applicando sia l'uno che l'altro approccio[57], ma soprattutto senza argomentare sulla *ratio* della scelta, che dunque rimane governata in termini imponderabili[58].

In secondo luogo, a fronte di un siffatto utilizzo "autonomo", si impone altresì la necessità di richiamare l'attenzione sui rischi derivanti da un utilizzo così frequente e penetrante degli atti non vincolanti di provenienza europea nei giudizi interni; rischi suscettibili di condurre, tra l'altro, se non ad una vera e propria mistificazione sul piano delle categorie di atti dell'Unione, quantomeno ad una certa confusione e/o ad un'alterazione dell'equilibrio tra diversi interessi generalmente assicurato dal legislatore e dal Giudice dell'Unione.

Ad esempio, è noto che, in materia di concorrenza, gli atti *soft* adottati dalla Commissione europea costituiscono frequentemente una "codificazione", oltre che della prassi della stessa Commissione, anche della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale dell'Unione europea, che viene sintetizzata e compendiata all'interno di

[57] Applicano l'atto *soft* (nel caso di specie, la Comunicazione «de minimis», rispetto al punto già esposto *supra* delle restrizioni gravi) come "in vigore" al momento dei fatti di causa Consiglio di Stato (sez. VI), sent. 30 giugno 2016, n. 2947 e sent. 11 luglio 2016, n. 3047. Viceversa, applicano il medesimo atto nella sua versione in vigore al momento della decisione TAR Roma (sez. I), sent. 28 luglio 2017 n. 9046-9048, 9050, 9055, 9057, 9059, 9061, 9062, 9065, 9068. È opportuno evidenziare che queste ultime pronunce (tutte uguali sul punto) riprendono pedissequamente ampi tratti delle summenzionate pronunce del 2016 del Consiglio di Stato, cambiando però unicamente i riferimenti dell'atto *soft* citato (che, per l'appunto, viene riportato nella versione aggiornata). Non sono fornite motivazioni per la modifica effettuata.

[58] Si trova un unico, ma poco rilevante, appiglio in Consiglio di Stato (sez. VI), sent. 18 maggio 2015, n. 2514, in cui si afferma che «siccome i chiarimenti della Commissione europea (in ordine all'effettivo grado di aggregazione che deve sussistere ai fini della rilevanza antitrust [ovvero le linee direttrici in materia di accordi di cooperazione orizzontale, ndr]) sono stati resi solo nel corso del 2011 (*i.e.*: in un periodo successivo a quello della presunta intesa che qui rileva), di tanto si sarebbe dovuto tenere conto al fine di escludere la sussistenza di un comportamento effettivamente colpevole da parte delle imprese coinvolte, e quindi, dell'illecito anticoncorrenziale in quanto tale». *Ergo*, il giudice parrebbe sostenere che se un atto *soft* non esisteva al momento dei fatti di causa, non va tenuto in considerazione dal giudice. Rimane aperta la questione sui motivi di tale scelta: forse perché, in tal caso, si potrebbe obiettare che allora l'atto, ancorché formalmente non vincolante, è in realtà produttivo di effetti giuridici, che dunque non possono riverberarsi retroattivamente.

un atto destinato a delineare le coordinate interpretative essenziali di un determinato ambito della disciplina "comunitaria" rilevante. Il principale fattore di rischio sotteso a questo tipo di operazione è, in particolare, quello relativo al carattere "parziale" della codificazione della giurisprudenza effettuata dalla Commissione, la quale, come è noto, svolge il ruolo di vera e propria parte in molte delle cause in materia di concorrenza che si svolgono davanti al Giudice dell'Unione e, più in generale, è portatrice di interessi ben precisi nell'ambito del settore in questione. La codificazione degli orientamenti giurisprudenziali – e, dunque, più specificamente, la selezione dei precedenti e dei passaggi giurisprudenziali utili alla ricostruzione del quadro interpretativo concernente una determinata materia – rischia quindi di essere effettuata, da parte della Commissione, *pro domo propria*, ossia facendo prevalere determinati interessi a danno di altri, così pregiudicando l'equilibrio individuato in sede giurisdizionale[59].

Come si è anticipato, il rischio testé evidenziato si traduce, in termini pratici, nella possibilità che i giudici nazionali non verifichino sempre in concreto la corrispondenza tra la sintesi effettuata dall'atto *soft* ed i principi ricavabili da un'attenta analisi della giurisprudenza, avvalorando – più o meno consapevolmente – la selezione "parziale" di cui si è detto. A fronte di ciò, se è vero che gli atti *soft* europei possono essere soggetti al controllo del Giudice dell'Unione, seppur con i noti limiti (soprattutto per i ricorrenti c.d. "non privilegiati")[60], è altresì vero che in molti casi occorre una conoscenza particolarmente approfondita della materia anche solo per individuare (e, dunque, in ipotesi, invocare o rilevare in giudizio) eventuali incoerenze tra la codificazione effettuata dalla Commissione e la giurisprudenza – sovente stratificata nel tempo, o addirittura

[59] In merito al rischio – distinto da quello evidenziato nel testo, ma ad esso strettamente connesso – che la codificazione operata dalla Commissione tramite atti non vincolanti nasconda in realtà un'integrazione ed un completamento della disciplina prevista in atti *hard*, cfr., sia pure con riguardo ad un settore diverso (in particolare, quello della libera circolazione delle merci), G. GRECO, "Sentenze della Corte e Comunicazioni della Commissione: un'ulteriore fonte (combinata) di obblighi e poteri amministrativi per gli Stati membri?", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, p. 1315 ss., spec. p. 1317 ss.

[60] *Ex multis*, "Soft Law in the EU Legal Order: Reflections and Contemporary Trends", Special Issue, *Yearbook of European Law*, 2018, pp. 457-649. V. altresì *supra*, nota 4. Nelle more della pubblicazione del presente scritto, la Cancelleria della Corte di giustizia ha ricevuto un quesito pregiudiziale proposto dal Consiglio di Stato francese sulla validità di alcune *guidelines* adottate dall'Autorità Bancaria Europea (del tutto identiche – per natura, statuto giuridico e , tendenzialmente, effetti sui consociati – a quelle adotttate da ESMA, oggetto del presente studio): cfr. la Causa C-911/19.

parzialmente contraddittoria – relativa ad una determinata questione, magari fortemente tecnica e/o assai complessa.

Il rischio in questione è, dunque, tutt'altro che astratto[61] e, anche in considerazione dell'atipicità degli atti *soft* dell'Unione europea, chiama ad una forte responsabilizzazione dei giudici nazionali "di ogni ordine e grado". Del resto, non può non rilevarsi come alla tentazione di riferirsi ad atti *soft* europei in via principale (ancorché, per la verità, non in via autonoma), non sfugga nemmeno la Corte costituzionale. In particolare, in una sentenza del 2010[62], quest'ultima si è soffermata sul tema della valutazione della legittimità di un'operazione di concentrazione tra imprese, sviluppando il proprio ragionamento – oltre che sulla scorta del regolamento (CE) n. 139/2004 – sulla base di punti specificamente citati degli Orientamenti sulle concentrazioni orizzontali della Commissione europea[63]. Peraltro, nei punti in questione[64] gli Orientamenti richiamano una pronuncia della Corte di giustizia[65] che, tuttavia, non è in alcun modo menzionata nella sentenza della Corte costituzionale. Ad una prima lettura della sentenza nazionale, quindi, l'interprete sarà portato a ricondurre la soluzione interpretativa accolta dalla Consulta alla fonte non vincolante, senza che sia esplicitato il suo fondamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

6. Taking soft law seriously*: i rapporti tra ordinamenti osservati attraverso la lente del* soft law

Alla luce di tutti gli elementi evidenziati, e tenendo conto, tra l'altro, dei rischi di cui si è detto, ci è sembrato necessario – per così dire – "prendere il *soft law* sul serio"[66] e, conseguentemente, ci siamo proposti

[61] Si veda, per quanto accaduto precipuamente nell'ordinamento francese e tedesco, Z. GEORGIEVA, "Competition soft law in French and German courts", cit.

[62] Corte cost., sentenza n. 270 del 2010, spec. punto 8.3 del *considerato in diritto*.

[63] Comunicazione della Commissione del 5 febbraio 2004, n. 2004/C31/03, recante gli *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, in *G.U.U.E.* 5 febbraio 2004 C 31, p. 5 ss.

[64] Il riferimento è, in particolare, ai punti 89-90 dei citati Orientamenti, richiamati da Corte cost., sentenza n. 270 del 2010, cit., punto 8.3 del *considerato in diritto*.

[65] Corte giust., sent. 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Francia e Société commerciale des potasses et de l'azote e Entreprise minière et chimique c. Commissione* (c.d. *Kali & Salz*), ECLI:EU:C:1998:148, spec. punti 110 e 114-116.

[66] L'espressione è ovviamente ispirata – con tutti i *caveat* del caso – al titolo del notissimo libro di R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Harvard, 1977; ma v. altresì più di recente, ad esempio, nella dottrina di diritto dell'Unione europea, J. COPPEL, A. O' NEILL,

di valutare se il suo utilizzo da parte dei giudici nazionali, in particolare secondo le modalità sopra descritte, sia suscettibile di incidere in qualche misura sui rapporti tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento interno[67]. In altri termini, l'operazione che ci è parso avviare in questa sede è quella di osservare come si modulano i principi generali che presidiano i rapporti tra ordinamenti in tutte quelle situazioni in cui la "norma" europea cui concretamente il giudice dà applicazione è contenuta, di fatto, in un atto *soft*.

A tal fine, si prenderanno in esame, in primo luogo, talune situazioni, verificatesi in concreto o solo potenziali, in relazione alle quali pare lecito soffermarsi sul principio dell'effetto diretto delle norme dell'Unione, con particolare riguardo all'interazione tra l'attuazione delle direttive dell'Unione classicamente intesa e quella che, invece, si impone per il tramite di atti *soft* europei e nazionali. Successivamente, si valuterà come l'ascesa del *soft law* nei giudizi interni possa impattare sul principio dell'interpretazione conforme. Il settore dei mercati finanziari sarà di particolare ispirazione nell'analisi di questi due profili, pur portando a svolgere riflessioni che, *mutatis mutandis*, potrebbero rimanere valide anche in altri contesti. Infine, si tenterà di verificare l'applicabilità del principio del primato rispetto agli atti *soft*, proponendo una ricostruzione alternativa, fondata, come si vedrà, su uno o più criteri di tipo funzionale, per poi svolgere alcune considerazioni conclusive.

"The European Court of Justice: Taking rights Seriously?", in *Common Market Law Review*, 1992, p. 669 ss.; N.J.S. LOCKHART, JH.H. WEILER, "'Taking Rights Seriously' Seriously: the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence", in *Common Market Law Review*, 1995 p. 51 ss. (Part. I), p. 579 ss. (Part. II); R. MASTROIANNI, Editoriale, "L'art. 11 Cost. preso sul serio", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, 3, p. V ss.

[67] Con riferimento ai rapporti in questione cfr., senza alcuna pretesa di esaustività, AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008; R. MASTROIANNI, "L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con le regole comunitarie e dell'Unione europea. La posizione della Corte costituzionale italiana", in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, p. 437 ss.; G. TESAURO, "Costituzione e norme esterne", in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 195 ss.; F. MUNARI, "Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti", in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 725 ss.; O. PORCHIA, "La dinamica dei rapporti tra norme interne e dell'Unione nel dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia", in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 71 ss.; C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, spec. p. 125 ss.

7. (Segue): *riflessioni in tema di effetto diretto*

Il primo principio che intendiamo osservare attraverso la lente del *soft law* è quello dell'effetto diretto[68].

Pare quasi superfluo premettere che, secondo un'impostazione "classica", l'operatività del principio in questione è necessariamente connessa, tra l'altro, alla sussistenza di una norma dell'Unione *di carattere vincolante*, escludendosi quindi che esso possa trovare applicazione con riguardo a previsioni contenute in atti *soft*[69]. Tuttavia, come si è visto, con il presente studio ci si propone precisamente di valutare se, ed eventualmente in quale misura, l'utilizzo in concreto del *soft law* dell'Unione nei giudizi interni sia suscettibile di rimettere in discussione la ricostruzione tradizionale dei rapporti tra ordinamenti; in tale prospettiva, pare utile tentare di verificare se vi sia spazio per ipotizzare il riconoscimento di efficacia diretta a previsioni dettate da atti formalmente non vincolanti.

Gli spunti più interessanti, a tal fine, vengono dal settore dei mercati finanziari, in ragione della sua peculiare struttura normativa multilivello che, come già evidenziato, vede la proliferazione non solo di norme dell'Unione, con le rispettive norme nazionali di attuazione, ma anche di atti *soft*, adottati da ESMA per delineare la disciplina di dettaglio degli

[68] Tra i molti contributi, cfr., ad esempio, P. PESCATORE, "The Doctrine of 'Direct Effect': An Infant Disease of Community Law", in *European Law Review*, 1983, p. 155 ss.; P. CRAIG, "Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation", in *European Law Review*, 1997, p. 519 ss.; D. EDWARD, "Direct effect, the separation of powers and the judicial enforcement of obligations, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol II: Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1998; S. PRECHAL, "Does Direct Effect Still Matter?", in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1047 ss.; S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002; *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine* (a cura di Prinssen, Schrauwen), Groningen, 2002; P. PIVA, *Giudice nazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2008; B. DE WITTE, "Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order", in *The Evolution of EU Law* (a cura di De Burca, Craig), Oxford, 2011, p. 323 ss.; M. BALBONI, *La "teoria degli effetti diretti"*, Napoli, 2012; L. KRÄMER, "Direct Effect and Consistent Interpretation: Strengths and Weaknesses of the Concepts", in *National Courts and EU Environmental Law* (a cura di Jans, Macrory, Moreno Molina), Groningen, 2013, p. 53 ss.; *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea* (a cura di Distefano), Napoli, 2017; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018; P. NIHOUL, "Effet direct et protection des citoyens", in *L'Europe au présent! Liber amicorum Melchior Wathelet* (a cura di Paschalidis, Wildemeersch), Bruxelles, 2018, p. 149 ss.

[69] Sul punto cfr., ad esempio, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, cit., spec. p. 94.

atti legislativi e successivamente "recepiti" da CONSOB attraverso altri atti parimenti *soft*.

In questo quadro normativo possono delinearsi diversi scenari.

Si pensi, in primo luogo, al caso in cui il principio dell'effetto diretto venga utilizzato per dare applicazione a delle *guidelines* di ESMA, in quanto palesemente attuative di principi generali sanciti nella legislazione dell'Unione, che però – pur fornendo regolari motivazioni – *non* sono state recepite dall'autorità nazionale, ovvero lo sono state ma in termini deficitari o erronei. Questo scenario potrebbe svolgersi in contesti del tutto "orizzontali" (un investitore privato che invoca in giudizio un diritto attribuitogli da *guidelines* non "trasposte" e che, dunque, gli intermediari finanziari non hanno rispettato), oppure potenzialmente anche "verticali" (un intermediario finanziario operativo in diversi Stati membri che, per semplicità ed economicità gestionale, segue una procedura sancita in un atto *soft* "recepito" in tutti gli Stati membri, tranne nello Stato A, venendo sanzionato proprio da questo Stato per aver compiuto comportamenti o atti compatibili con le *guidelines*, ma non con il diritto interno, e che dunque impugna tale sanzione e ne chiede l'annullamento per incompatibilità con il diritto dell'Unione).

Si tratta, beninteso, di casi allo stato del tutto teorici, che ancora non si sono verificati né nel nostro ordinamento, né, a quanto consta, in altri; pertanto, vengono qui ipotizzati solo in termini speculativi. Eppure, essi astrattamente non possono escludersi: in tali casi, il principio dell'effetto diretto potrebbe teoricamente essere invocato, sicuramente nel suo caso paradigma sostitutivo ma potenzialmente anche in quello di esclusione, per cercare di tutelare una posizione soggettiva garantita delle *guidelines* e/o ottenere la disapplicazione dell'atto nazionale con cui l'autorità competente ha erroneamente "trasposto" tali atti (o, motivatamente, negato il loro recepimento). Da un lato, un siffatto utilizzo del principio dell'effetto diretto parrebbe del tutto inopportuno, perché chiaramente lesivo della possibilità lasciata dal diritto dell'Unione alle autorità nazionali di uniformarsi, o meno, a questi atti *soft*[70]. Dall'altro lato, però, tali atti sono sempre chiaramente riconducibili a principi generali sanciti a livello legislativo, e quindi sarebbe astrattamente agevole argomentare che la disapplicazione dell'erronea "trasposizione" (o dell'atto nazionale vigente in luogo delle *guidelines*) sarebbe richiesta da una norma, vincolante, di rango legislativo, come interpretata dall'atto *soft* di ESMA. E,

[70] La natura non vincolante di orientamenti (i.e. *guidelines*) e raccomandazioni, così come la possibilità lasciata alle autorità nazionali di non adeguarsi alle stesse, fornendo però motivazione, è chiaramente ed esplicitamente sancita a livello legislativo: cfr. art.16 del Regolamento (UE) n. 1095/2010, cit.

d'altronde, sarebbe parimenti irrealistico pensare ad un intermediario finanziario sanzionato perché segue le procedure più rispettose del diritto dell'Unione, ovvero quelle sancite nell'atto *soft*, anche in uno Stato membro che ha deciso di non darvi applicazione o le ha mal recepite nel proprio ordinamento.

Un ulteriore scenario, improbabile ma non impossibile, è quello di un atto *soft* di ESMA adottato e "recepito" *prima* del termine di trasposizione della direttiva di cui il medesimo detta, di fatto, la disciplina di dettaglio.

Una tale *consecutio* temporale, infatti, non deve in alcun modo stupire: la funzione "anticipatoria" è tipica del *soft law*, che viene sovente utilizzato per preparare amministrazioni e imprese all'entrata in vigore di una nuova disciplina, oppure per "testare" la risposta dei mercati ad una determinata scelta regolatoria che, eventualmente, viene poi codificata all'interno di un atto formalmente vincolante[71].

In tale contesto, dal momento che, come già evidenziato, per lo meno l'ACF ha una prassi piuttosto ingente nel dare applicazione alle *guidelines* di ESMA utilizzandole esattamente come se le stesse fossero atti normativi, ci si chiede se, di fatto, ciò non potrebbe portare ad un aggiramento dei limiti all'eventuale effetto diretto delle norme della direttiva non trasposta. Si badi bene: il punto problematico non si rinviene nel fatto che la direttiva, almeno nella parte in cui codifica le *guidelines*, verrebbe di fatto recepita prima del termine: come noto, gli Stati membri sono del tutto liberi di operare in tal senso[72], anche per il tramite di atti amministrativi delle proprie autorità indipendenti, quale sarebbe per l'appunto la Comunicazione CONSOB "attuativa" delle *guidelines*. Al contrario, l'aspetto rilevante consiste nel fatto che, in tali casi, verrebbe anticipato un "effetto diretto" di norme di una direttiva il cui termine di trasposizione non è ancora scaduto *in contesti generalmente orizzontali*. Il contenzioso in tale settore, infatti, è tipicamente quello che vede contrapposto un investitore privato che ha subito un danno da un deprezza-

[71] J. BRACKER, *L'intensité normative de la* soft law *en matière de compatibilité des aides d'état*, *Cahiers de droit européen*, 2017, p. 371 ss., ha osservato (nello specifico settore degli aiuti di Stato, ma giungendo a riflessioni valide anche in termini generali), « *la fonction d'expérimentation de ces actes* [de soft law] *dans l'établissement de la norme de droit dérivé* » (p. 384).

[72] Il termine di trasposizione della direttiva deve, infatti, essere inteso come termine *a favore* degli Stati membri; gli A. sono particolarmente grati al Prof. Luigi Daniele per questa precisazione, formulata in occasione del XXIV Convegno annuale SIDI, *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, 5-6 giugno 2019, Roma, che consente di meglio formulare la tesi sostenuta.

mento dei propri investimenti e l'intermediario finanziario che gli ha venduto, in maniera asseritamente illecita, tali strumenti.

Si potrebbe, certamente, sostenere che in tal caso non si tratterrebbe di un vero e proprio effetto diretto delle previsioni contenute nell'atto *soft*, perché comunque sussiste sempre un atto nazionale che permette l'ingresso del medesimo nell'ordinamento. E, tuttavia, in tale controargomento – del tutto condivisibile, in termini teorici – pare annidarsi proprio quell'approccio ormai forse *naïf* già discusso in precedenza. Infatti, l'atto nazionale in questione sarebbe una Comunicazione di CONSOB (*ergo*, un atto parimenti non vincolante) che, peraltro, talvolta assume le forme di una mera lettera d'accompagnamento, di una pagina, che semplicemente afferma che CONSOB intende conformarsi agli orientamenti di ESMA (e che dunque anche gli operatori finanziari sono chiamati a farlo) e che – il punto merita di essere messo nella dovuta evidenza – «gli Orientamenti dell'ESMA non intendono introdurre obblighi ulteriori rispetto a quanto contemplato dalla disciplina di riferimento (Direttiva 2004/39/CE e relative misure di esecuzione)»[73].

Ci si può chiedere, dunque, se in tale circostanza non si possa verificare, di fatto, un aggiramento "dal basso" dei limiti agli effetti diretti orizzontali delle norme delle direttive[74]: dopo i ben noti aggiramenti "dall'alto", per il tramite dei principi generali[75] o, nella giurisprudenza

[73] È questo il caso della Comunicazione CONSOB n. 12084516 del 25 ottobre 2012 in materia di recepimento degli Orientamenti ESMA concernenti alcuni aspetti dei requisiti di adeguatezza prescritti dalla MiFID, reperibile qui: http://www.consob.it/documents/46180/46181/c12084516.pdf/9315a303-5175-4a28-b0b5-c2a53f9685e7.

[74] Effetti che, com'è noto, sono esclusi dalla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia: tra le numerosissime pronunce, cfr., ad esempio, Corte giust., sent. 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, ECLI:EU:C:1986:84; Corte giust., sent. 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, ECLI:EU:C:1994:292; Corte giust., sent. 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C403/01, *Pfeiffer e a.*, ECLI:EU:C:2004:584; Corte giust., sent. 7 agosto 2018, causa C-122/17, *Smith*, ECLI:EU:C:2018:631; Corte giust., sent. 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Popławski*, ECLI:EU:C:2019:530.

[75] Il riferimento è al filone giurisprudenziale inaugurato con la sentenza *Mangold* (Corte giust., sent. 22 novembre 2005, causa C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709), nel quale si inseriscono, tra l'altro, le pronunce *Kücükdeveci* (Corte giust., sent. 19 gennaio 2010, causa C-555/07, Kücükdeveci, ECLI:EU:C:2010:21) e *Dansk Industri* (Corte giust., sent. 19 aprile 2016, causa C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278). In dottrina cfr., *ex plurimis*, EDITORIAL COMMENTS, "Horizontal direct effect - A law of diminishing coherence?", in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1 ss., nonché i diversi punti di vista espressi da E. SPAVENTA, "The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law", e da M. DOUGAN, "In Defence of Mangold?", entrambi in *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood* (a cura di Arnull, Barnard, Dougan, Spaventa), Oxford, 2011, p. 199 ss. e p. 219 ss. Come noto, alla citata sentenza *Dansk Industri* ha fatto seguito una significativa "reazione" da parte della corte su-

più recente, per il tramite della Carta[76], stiamo forse assistendo ad una nuova modalità, che passa attraverso gli atti *soft* attuativi, per così dire, delle direttive medesime.

La natura formalmente *soft* non riduce, anzi forse aumenta, i dubbi

prema danese, la quale, in una decisione della fine del 2016, ha dichiarato che i principi generali di diritto dell'Unione non sono vincolanti per l'ordinamento danese e che, pertanto, la giurisprudenza *Mangold* (successivamente confermata, tra l'altro, da *Dansk Industri*) non può trovare applicazione in tale ordinamento. In merito a tale vicenda cfr., ad esempio, U. ŠADL, S. MAIR, "Mutual disempowerment: case C-441/14 *Dansk Industri, acting on behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen* and case no. 15/2014 *Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S v The estate left by A*", in *European constitutional law review*, 2017, p. 347 ss.; R. HOLDGAARD, D. ELKAN, G. KROHN SCHALDEMOSE, "From cooperation to collision: The ECJ's *Ajos* ruling and the Danish Supreme Court's refusal to comply", in *Common Market Law Review*, 2018, p. 17 ss.

[76] A seguito di una prima apertura rilevabile in Corte giust., sent. 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale*, ECLI:EU:C:2014:2, spec. punto 47, cfr., in termini più chiari, ad esempio, Corte giust., sent. 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257; Corte giust., sent. 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871; Corte giust., sent. 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, ECLI:EU:C:2018:874; Corte giust., sent. 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco Investigation*, ECLI:EU:C:2019:43. In dottrina, tra i molti contributi, cfr. N. CARIAT, "L'invocation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les litiges horizontaux: état des lieux après l'arrêt Association de médiation sociale", in *Cahiers de droit européen*, 2014, p. 305 ss.; N. LAZZERINI, "(Some of) the fundamental rights granted by the Charter may be a source of obligations for private parties: AMS", in *Common Market Law Review*, 2014, p. 907 ss.; E. FRANTZIOU, "The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality", in *European Law Journal*, 2015, p. 657 ss.; S. WALKILA, *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, Groningen, 2016, spec. p. 174 ss.; L. BLATIÈRE, "L'effet horizontal de la Charte des droits fondamentaux - Perspectives d'avenir", in *Revue des affaires européennes*, 2018, p. 93 ss.; M. CONDINANZI, "Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto", in *Federalismi*, n. 10/2019, www.federalismi.it; F. FERRARO, "Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta", *ivi*; L. S. ROSSI, "La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali", *ivi*; E. FRANTZIOU, *The horizontal effect of fundamental rights in the European Union: a constitutional analysis*, Oxford, 2019; S. VEZZANI, "L'efficacia diretta della Carta dei diritti fondamentali: problemi e prospettive alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia", in *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 199 ss.; D. VITIELLO, "L'effetto diretto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nei rapporti orizzontali. Note a margine della recente giurisprudenza della Corte di giustizia sui diritti sociali", *ivi*, p. 217 ss. Con particolare riguardo all'aggiramento cui si è fatto riferimento nel testo, cfr., ad esempio, D. SIMON, "Différences de traitement fondées sur la réligion et droit de l'Union", in *Europe*, 2018, n. 6, p. 5 ss.; M. CONDINANZI, "Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto", cit., spec. p. 7 ss.

di legittimità di tale operazione e intercetta profili nuovi e diversi rispetto a quelli già invocati per contestare l'effetto diretto orizzontale riconosciuto per il tramite di fonti sovraordinate, ma che parimenti sembrano in grado di ridefinire i confini del principio – nonché, evidentemente, manifestare tutti i limiti della sua mancata estensione ai rapporti tra privati con riguardo alle norme delle direttive, che rischia di rimanere una clausola di stile erosa da più lati proprio perché inefficiente.

E, d'altronde, è proprio un criterio efficientista quello che è stato sollevato, in sede di intervista, da un funzionario ACF, che ha ammesso la possibilità di siffatte evoluzioni al principio dell'effetto diretto, giustificate dal raggiungimento dell'obiettivo di dare immediata applicazione al *soft law* di ESMA, con evidenti vantaggi in termini di certezza del diritto, uniformità transfrontaliera della regolazione e, peraltro, tutela dei diritti degli investitori (che, come visto, si perfeziona anche e soprattutto tramite le procedure e i requisiti sanciti proprio a livello *soft*).

Si noti, infine, che un siffatto scenario è stato sul punto di manifestarsi concretamente in un caso pendente dinanzi al Tribunale di Verona, avente ad oggetto la *governance* dei prodotti finanziari complessi.

La disciplina di tale fattispecie è stata delineata prima in un parere ESMA[77], adottato il 7 febbraio 2014 e, quindi, oltre tre mesi prima della seconda direttiva MiFID[78] che, pur avendo finalità ben più ampie di quelle del parere, con riguardo al tema dei prodotti finanziari complessi sostanzialmente codificava quanto sancito in tale atto. CONSOB ha "recepito" il parere (come si ricorderà, questi atti non hanno una struttura a *comply or explain*, ma comunque necessitano di una "attuazione" nazionale) con la propria Comunicazione n. 97996 del 22 dicembre 2014, applicabile a partire dal 1° luglio 2015[79]; di conseguenza, la predetta disciplina in materia di prodotti finanziari complessi è entrata nel nostro ordinamento, ancorché per il tramite di atti dichiaratamente non vincolanti, per lo meno due anni prima della data entro cui doveva essere recepita la seconda direttiva MiFID[80].

[77] ESMA Opinion on MiFID practices for firms selling complex products (non è prevista una versione italiana del testo), 7 Febbraio 2014, ESMA/2014/146.

[78] Direttiva 2014/65/EU, cit.

[79] Comunicazione CONSOB sulla distribuzione di prodotti finanziari complessi ai clienti *retail*, 22 dicembre 2014, pubblicata all'indirizzo http://www.consob.it/documents/46180/46181/c0097996.pdf/9a514493-3a17-4362-97de-1cfa52fd97fb.

[80] Cfr. l'art 93 della direttiva 2014/65/EU, cit., come modificato in particolare dalla direttiva (EU) 2016/1034 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 giugno 2016, (*G.U.U.E.* 30 giugno 2016 L 175, p. 8). La Direttiva MiFID II è stata recepita con il D. Lgs. 3 agosto 2017, n. 129, in *G.U.R.I.* 25 agosto 2017 n. 128. Sul tema, F. ANNUNZIATA,

In ogni caso, il Tribunale di Verona, con un'ordinanza dell'8 giugno 2017 (*ergo*, anteriore al termine di recepimento della seconda direttiva MiFID), in un contesto del tutto orizzontale ha deciso di non dare applicazione proprio alla Comunicazione di CONSOB attuativa del parere di ESMA sui prodotti finanziari complessi, *ma unicamente per ragioni fattuali*, e quindi trattando tale atto alla stregua di una fonte *hard*. In particolare, il Tribunale ha rilevato che i prodotti finanziari venduti nel caso di specie non rientravano nella definizione di "complessi" data dall'atto *soft* e che i ricorrenti erano azionisti della Banca che aveva venduto loro i prodotti finanziari, e quindi non erano clienti *retail* a cui invece deve applicarsi l'atto medesimo[81].

È doveroso notare come, in tal caso, l'atto di CONSOB di "recepimento" *non* sia una mera lettera di accompagnamento, bensì un più corposo documento di otto pagine che illustra il contesto da cui scaturisce il parere di ESMA e ne illustra, per sommi capi, il contenuto (in tal caso, l'atto di ESMA è reperibile unicamente nella versione in lingua inglese, e forse anche questo ha portato CONSOB a fornire qualche elemento in più: infatti, la Comunicazione riprende anche paragrafi specifici del parere, traducendoli in italiano e, in un caso, specificando altresì in nota la versione linguistica ufficiale)[82]. Tecnicamente, dunque, in questo caso il Tribunale non ha dato applicazione direttamente all'atto *soft* dell'Unione, ma all'atto nazionale di trasposizione, e la questione di legittimità di tale operato potrebbe dunque leggersi unicamente valutando l'opportunità di riconoscere valore vincolante ad atti nazionali interni – come le Comunicazioni della CONSOB – che, espressamente, ne sono privi.

Eppure, la stretta vicinanza tra l'atto nazionale e quello dell'Unione, nonché la genesi dei medesimi (dichiaratamente mirata ad anticipare la disciplina di una specifica fattispecie *prima* della scadenza del termine di trasposizione della direttiva che tale disciplina codifica a livello legislativo) porta a sottolineare l'innovatività di questo approccio e la necessità di valutarlo anche rispetto al suo impatto sul piano dei rapporti tra ordinamenti. In tal caso, il giudice nazionale dava espressa applicazione all'atto nazionale; ma la prassi dell'ACF, come subito si vedrà, è invece quella di applicare unicamente l'atto "madre" europeo. Inoltre, l'atto nazionale aveva un suo contenuto espositivo, ma ben avrebbe potuto esserne totalmente privo.

Il tema sembra, pertanto, meritare un'attenzione specifica e

"Il recepimento di MiFID II: uno sguardo di insieme, tra continuità e discontinuità", in *Rivista delle Società*, 2018, p. 1100 ss.

[81] Tribunale Verona (sez. III), ord. 8 giugno 2017 (udienza e deposito in pari data).

[82] Comunicazione CONSOB n. 97996, cit., nota 3.

un'analisi in una prospettiva evolutiva, capace di cogliere i segnali che potrebbero, in futuro, dimostrare l'espressione in atto di tutti gli elementi rivoluzionari che al momento si denotano unicamente in potenza. Ciò anche perché, in futuro, atti simili ben potrebbero essere replicati in altri settori: classicamente, le agenzie dell'Unione europea svolgono una funzione di *laboratorio legislativo*, di identificazione di nuovi metodi regolamentari che, se efficaci e ben accettati politicamente, ben possono essere replicati da altre agenzie operanti in altri settori[83]. E, come evidenziato, gli atti *soft* di ESMA – nonostante la loro intrinseca ambiguità o, forse, proprio in ragione di essa – hanno permesso un'efficace gestione della grave crisi finanziaria scoppiata un decennio fa, favorendo una progressiva e consensuale armonizzazione delle regole nazionali di supervisione.

8. (Segue): *un "nuovo* step*" del principio dell'interpretazione conforme?*

La struttura regolamentare dei mercati finanziari può poi portare ad un ultimo scenario – questo, invece, già ampiamente verificatosi – che induce a formulare alcune osservazioni sulle modalità attraverso cui si applica il noto principio dell'interpretazione conforme con riguardo alle più recenti forme di *soft regulation*.

Si pensi al caso in cui le *guidelines* di ESMA, e la Comunicazione CONSOB di "trasposizione", vengano adottate *dopo* l'adozione della direttiva di cui le medesime dettano la disciplina di dettaglio, nonché della legge nazionale che recepisce la direttiva nell'ordinamento interno. È questo, ad esempio, lo scenario classico che si ritrova nel contenzioso pendente davanti all'ACF, che è sovente stato chiamato a trattare controversie relative ai requisiti di adeguatezza per la vendita di prodotti finanziari. Tale fattispecie è (*rectius*, come subito si dirà, era) disciplinata dalla prima direttiva MiFID[84], adottata nel 2004, trasposta nel nostro ordinamento nel 2007[85] e oggetto di un intervento di ESMA, tramite *guidelines*, nel giugno 2012[86], recepite da CONSOB nell'ottobre del medesimo

[83] C. F. SABEL, J. ZEITLIN, "Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU", in *European Law Journal*, 2008, p. 271 ss.

[84] Direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004 (*G.U.U.E.* 30 aprile 2004, L 145 p. 1).

[85] D. Lgs. 17 settembre 2007, n. 164 (*G.U.R.I.* 8 ottobre 2007, suppl. ord. n. 234).

[86] Orientamenti ESMA su alcuni aspetti dei requisiti di adeguatezza della direttiva MiFID, 25 giugno 2012, ESMA/2012/387.

anno[87]. Beninteso: ora la disciplina della materia è stata oggetto di aggiornamento per il tramite della già menzionata seconda direttiva MiFID[88]. Tuttavia, la casistica dell'ACF, per ovvie ragioni di applicazione delle leggi nel tempo, è ancora riferita al precedente quadro normativo; esso, peraltro, con la sua successione nel tempo di norme (… o *de facto* tali) costituisce lo scenario legislativo tipico del settore, che merita dunque di essere analizzato.

Il suddetto contesto normativo è, a prima vista, "rassicurante", dal momento che la successione temporale degli atti impedisce aggiramenti "dal basso" dei limiti all'effetto diretto in contesti orizzontali. Eppure, guardando nel concreto la disciplina dettata da tali atti si aprono profili parimenti interessanti e, potenzialmente, problematici.

Ad esempio, per la definizione del profilo di rischio per vendere prodotti finanziari i summenzionati atti legislativi (sia dell'Unione, che nazionali) sanciscono meramente un generico obbligo dell'intermediario finanziario di raccogliere informazioni dal proprio cliente/investitore, affinché il prodotto finanziario vendutogli sia adeguato al suo profilo di rischio e ai suoi obiettivi di investimento[89]. Sono solo le *guidelines* di ESMA a definire, concretamente, quali siano le specifiche informazioni da richiedere e da valutare per definire l'adeguatezza di un investimento: si pensi, in particolare, allo stato civile; allo stato di famiglia; alla situazione lavorativa; all'età[90]. E, si badi bene, in questo caso l'atto CONSOB è proprio una mera lettera di accompagnamento che semplicemente afferma che l'autorità italiana intende conformarsi alle *guidelines* ed invita gli operatori finanziari a tenerne conto[91].

Di fronte a tale quadro normativo, l'interprete trova diverse pronunce dell'ACF[92] che condannano una banca che *non* ha raccolto dal proprio cliente informazioni circa la sua età, e quindi ha venduto un prodotto finanziario inevitabilmente "inadeguato" ed il cui deprezzamento dev'essere risarcito. Esempi analoghi, peraltro, potrebbero giungere guardando ad altri requisiti sanciti nelle *guidelines* e non a livello legislativo, e pa-

[87] Comunicazione CONSOB n. 12084516, cit.

[88] Direttiva 2014/65/EU, cit.

[89] Cfr. l'art. 19, par. 4, della direttiva 2004/39/CE, cit.; l'art. 21 del Testo Unico Finanziario, come modificato dal D. Lgs. 164/2007, cit., di trasposizione della medesima direttiva; l'art. 35 della direttiva 2006/73/CE della Commissione del 10 agosto 2006 (*G.U.U.E.* 2 settembre 2006, L 241 p. 26 ss., che fornisce la disciplina di dettaglio della summenzionata direttiva.

[90] Orientamenti ESMA/2012/387, cit., orientamento generale 4.

[91] Si veda la già citata Comunicazione CONSOB n. 12084516.

[92] ACF, decisioni 31 luglio 2017 n. 24 (non eseguita dalla parte soccombente); 13 aprile 2018 n. 374; 18 aprile 2018 n. 389.

rimenti valorizzati dall'ACF: si pensi al divieto di procedere ad autovalutazioni delle competenze finanziarie da parte dei clienti medesimi[93] e all'identificazione del soggetto che dev'essere oggetto di valutazione[94].

Ebbene: in tali casi, alla norma nazionale di trasposizione della direttiva si aggiunge una prescrizione (ad esempio, l'obbligo di raccogliere informazioni in merito all'età) che, in astratto, è chiaramente riconducibile al principio generale ivi previsto, ma di fatto risulta palesemente additiva. L'età, in altri termini, non è che uno dei possibili parametri di cui tenere conto per soddisfare quel principio, e non è sancita in alcuna previsione normativa nazionale, ma nemmeno para-normativa, dal momento che la Comunicazione di CONSOB è una lettera di accompagnamento che afferma unicamente l'obbligo di conformarsi a quanto sancito nelle *guidelines*; ed è dunque unicamente in quest'ultimo atto che la previsione relativa all'età viene menzionata ed enucleata.

In tal caso, ci si chiede se così non si stia realizzando un nuovo *step* dell'obbligo di interpretazione conforme[95].

E ciò non tanto da un punto di vista di tecnica interpretativa: l'obbligo, sancito ad esempio in *Pupino*[96], di interpretazione conforme

[93] ACF, decisioni 7 luglio 2017 n. 12 e 13; 3 ottobre 2017 n. 62; 21 novembre 2017 n. 115 (eseguita solo parzialmente dalla parte soccombente); 8 febbraio 2018 n. 254; 11 maggio 2018 n. 434; 13 luglio 2018 n. 630 (in questi ultimi due casi, l'ACF *non* applica il principio sancito nelle *guidelines* di ESMA ma unicamente per ragioni fattuali, *ergo* trattando l'atto *soft* come se fosse *hard*). Il principio è sancito negli Orientamenti ESMA/2012/387, cit., orientamento generale 5.

[94] ACF, decisioni 12 ottobre 2017 n. 76; 26 gennaio 2018 n. 220; 13 aprile 2018 n. 375. Il principio è sancito negli Orientamenti ESMA/2012/387, cit., orientamento generale 7.

[95] In merito al quale cfr., senza pretesa di completezza, G. BETLEM, "The Doctrine of Consistent Interpretation - Managing Legal Uncertainty", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, p. 397 ss.; L. DANIELE, "Vingt-cinq ans d'interprétation conforme: un principe encore en quête de définition?", in *L'Italie et le droit de l'Union européenne: actes du colloque Courmayeur 12-13.6.2009 / L'Italia e il diritto dell'Unione europea: atti dell'incontro di studi Courmayeur, 12-13.6.2009* (a cura di Nascimbene, Picod), Bruxelles, 2010, p. 181 ss.; J.P. JACQUE, "L'obligation d'interprétation conforme en droit communautaire", *ivi*, p. 199 ss.; G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici: il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012; D. SIMON, "La panacée de l'interprétation conforme: injection homéopathique ou thérapie palliative?", in *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi* (a cura di Kronenberger, D'Alessio, Placco), Bruxelles Bruylant 2013, p. 279 ss.; *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea* (a cura di Bernardi), Napoli, 2015; L. KRÄMER, "L'interprétation conforme: la Cour de justice et la doctrine sur l'effet direct", in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2019, p. 59 ss.

[96] Corte giust., sent. 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386. Per tutti, sul punto, F. MUNARI, C. AMALFITANO, "Il "terzo pila-

praeter legem realizza certamente una forma di applicazione del diritto dell'Unione più intrusiva di quella ora in esame. Piuttosto, la fattispecie *de qua* pare marcare una differenza quanto agli atti a cui è da estendersi l'obbligo di interpretazione conforme, nonché alle implicazioni istituzionali ad esso sottese.

E se, notoriamente[97], sin dalla giurisprudenza *Grimaldi*[98], i giudici nazionali sono tenuti ad interpretare la norma nazionale anche alla luce di atti dell'Unione formalmente non vincolanti, è parimenti vero che, in quel caso, l'atto in questione era una raccomandazione, *ergo* un atto del tutto tipico, previsto dall'art. 288 TFUE, adottato dalla Commissione europea, quindi un'istituzione che, ai sensi dell'art. 17, par. 8, TUE e dell'art. 234 TFUE, risponde del proprio operato davanti al Parlamento europeo. Nel caso ora in esame, l'atto è costituito da delle *guidelines*, del tutto atipiche, adottate da un organismo, ESMA, che gode di uno scarso riconoscimento nel diritto primario e, come già evidenziato, è stato dotato di poteri essenzialmente *soft* in ragione della giurisprudenza *Meroni*[99] e del divieto ivi previsto – o, quantomeno, secondo la più parte della dottrina a tale precedente riconducibile[100] – alla delega di poteri discrezionali ad organismi non previsti nei trattati.

Pertanto, in tal caso, al giudice nazionale viene chiesto di muoversi come un equilibrista su una corda tesa ad arte per superare i cortocircuiti istituzionali dell'Unione europea; per l'applicazione in giudizio di tali atti non può che auspicarsi la massima cautela.

A tal proposito, peraltro, il fatto che, sulla scorta della costante giurisprudenza della Corte di giustizia, un giudice quale l'ACF non possa essere ritenuto una "giurisdizione" legittimata ad esperire rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE solleva qualche perplessità[101]. Se, da un lato, il

stro" dell'Unione europea: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive", in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 773 ss.

[97] Si noti, però, che la dottrina non ha letto unanimemente e pacificamente l'estensione proposta nella pronuncia in esame. In proposito cfr., ad esempio, R. BARATTA, "Il *telos* dell'interpretazione conforme all'*acquis* dell'Unione", in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea* (a cura di Bernardi), cit., p. 33 ss., spec. p. 39, il quale rileva, in proposito, che la Corte di giustizia ha sancito l'applicabilità del principio in questione anche agli atti non vincolanti «operando un salto logico».

[98] Corte giust., sent. 13 dicembre 1989, causa C-322/88, *Grimaldi*, ECLI:EU:C:1989:646.

[99] Corte giust., sent. 13 giugno 1958, cause 9 e 10-56, *Meroni c. Alta Autorità CECA*, ECLI:EU:C:1958:7 e ECLI:EU:C:1958:8.

[100] J. ALBERTI, *Le agenzie dell'Unione europea*, cit., p. 326-332.

[101] Si veda, per tutte, Corte giust., sent. 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch*, ECLI:EU:C:1997:413; in particolare, conducono a una valutazione di tipo negativo il fatto che le sentenze dell'ACF non siano *stricto sensu* vincolanti (determinando solo

dialogo con la Corte nell'applicazione delle *guidelines* ben potrebbe essere recuperato in una fase successiva, ove la questione raggiungesse un giudice civile, dall'altro occorre ricordare come questo sia un settore che tende a limitare il contenzioso, per ragioni essenzialmente reputazionali, sì che le occasioni per sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia potrebbero in verità essere assai minori del previsto.

Anche per questa ragione, gli interpreti sembrano essere chiamati a un monitoraggio attento di queste prassi, che al momento coinvolgono chiaramente sedi giudicanti "minori" e altamente settoriali, ma che in futuro potrebbero giungere dinanzi a giurisdizioni di rango più elevato, con effetti di magnitudo direttamente proporzionale.

9. (Segue): *ragioni giustificatrici dell'utilizzo degli atti* soft *"comunitari" nei giudizi nazionali: primato del diritto dell'Unione o criteri(o) di tipo "funzionale"?*

Come si è anticipato, pare ora opportuno tentare di individuare, nella prospettiva dei rapporti tra ordinamenti, i presupposti e le ragioni che giustificano il ricorso ad atti *soft* dell'Unione europea da parte dei giudici nazionali, soprattutto nei casi di utilizzo di tali atti in via principale o autonoma.

A tale riguardo, ci si potrebbe domandare, in primo luogo, se l'applicazione degli atti in questione nei giudizi interni possa essere ricondotta, almeno in una certa misura, al principio del primato del diritto dell'Unione europea[102].

danni reputazionali in caso di mancato adempimento) e la non totale indipendenza da CONSOB.

[102] In proposito, tra i molti contributi, cfr., senza alcuna pretesa di esaustività, K. LENAERTS, T. CORTHAUT, "Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law", in *European Law Review*, 2006, p. 287 ss.; J.-V. LOUIS, "La primauté du droit de l'Union: un concept dépassé?", in *Chemins d'Europe: mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, 2010, p. 443; M. ORLANDI, *L'evoluzione del primato del diritto dell'Unione europea: dalla contrapposizione tra sistemi giuridici al dialogo multilaterale*, Torino, 2012; Costa/Enel*: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo* (a cura di Nascimbene), Milano, 2015; M. CLAES, "The Primacy of EU Law in European and National Law", in *The Oxford Handbook of European Union Law* (a cura di Chalmers, Arnull), Oxford, 2015, p. 185 ss.; D. RITLENG, "Le principe de primauté du droit de l'Union: quelle réalité?", in *Revue de l'Union européenne*, 2015, p. 630 ss.; *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della 'saga* Taricco*'* (a cura di Amalfitano), Milano, 2018; A. ARENA, "Sul carattere 'assoluto' del primato del diritto dell'Unione europea", in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 317 ss.

Se ad un primo sguardo l'ipotesi potrebbe sembrare suggestiva[103], in realtà, a ben vedere, tale principio, soprattutto ove inteso in termini puramente gerarchici, secondo l'impostazione "monista" tradizionalmente propugnata dalla Corte di giustizia[104], non pare idoneo al fine di inquadrare i rapporti tra ordinamenti nelle situazioni in cui uno o più atti *soft* dell'Unione europea vengono utilizzati da parte di un giudice nazionale. E ciò – indipendentemente da qualsiasi considerazione circa la natura (realmente o solo formalmente) non vincolante di tali atti – anche solo in ragione della difficoltà, se non addirittura dell'impossibilità, di riscontrare casi di effettivo contrasto tra un atto non vincolante dell'Unione e un atto nazionale[105], tale da rendere prospettabile il ricorso al meccanismo della disapplicazione, ovvero la proposizione di una questione di legittimità costituzionale alla Consulta. Invero, in linea generale, la funzione più frequentemente svolta dagli atti *soft* dell'Unione sembra essere – del tutto logicamente – non già quella di dettare una disciplina suscettibile di imporsi rispetto alle normative nazionali di settore, quanto piuttosto quella di colmare lacune interpretative, integrando sotto vari profili la normativa *hard* rilevante.

Ma se anche debba escludersi, quantomeno nei termini sin qui evidenziati, la riconducibilità dell'applicazione degli atti *soft* dell'Unione europea nei giudizi interni al principio del primato, lo studioso è comunque chiamato a valutare *in forza di che cosa* tali atti si affermano, come

[103] E ciò – pur ribadendo, ovviamente, il *caveat* formulato *supra*, all'inizio del § 6.1 – anche in considerazione del carattere assoluto del principio del primato, nel senso che, come è stato efficacemente osservato: «even the most minor piece of technical Community legislation ranks above the most cherished constitutional norm» (S. WEATHERILL, *Law and Integration in the European Union*, Oxford, 1995, p. 106).

[104] In tal senso cfr., per tutte, Corte giust., sent. 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66, spec. p. 1144 s., e Corte giust., sent. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49, spec. punto 17. In dottrina cfr., *ex multis*, C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, cit., p. 125 s. Cfr. però R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea* (a cura di Bernardi), cit., p. 17 ss., spec. p. 21, che rileva come la Corte di giustizia non abbia mai fatto riferimenti espressi alla nozione di "gerarchia", definendo i rapporti tra ordinamenti – anche laddove afferma con sicurezza la sussistenza di relazioni gerarchiche – in termini di "preminenza". È da notare, peraltro, che nella citata sentenza *Simmenthal* la Corte ha affermato chiaramente che la normativa (oggi) dell'Unione «fa parte integrante, *con rango superiore rispetto alle norme interne*, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio degli Stati membri» (Corte giust., sent. 9 marzo 1978, causa 106/77, cit., punto 17; enfasi aggiunta).

[105] In merito alla necessità che vi sia un contrasto tra la normativa dell'Unione e quella interna affinché trovi applicazione il principio del primato, cfr., ad esempio, B. DE WITTE, "Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order", cit., spec. p. 341 s.

visto, quale principale (o addirittura unico) parametro "normativo" esplicito utilizzato dal giudice nazionale.

La rilevanza di tale quesito potrebbe essere contestata obiettando che, almeno in taluni casi, la previsione *soft* sia di fatto l'unica "disposizione" che regola nel dettaglio una determinata fattispecie. Eppure, questo argomento prova troppo: benché ciò possa anche corrispondere al vero, non ci si può nascondere che in simili fattispecie, a ben vedere, il giudice nazionale potrebbe comunque – invece di ricorrere all'atto *soft* – adottare diverse soluzioni ermeneutiche alternative, ad esempio (*i*) riferendosi a principi o regole vincolanti che abbiano portata più generale; (*ii*) ricorrendo ai criteri interpretativi rinvenibili nella giurisprudenza dell'Unione e/o nazionale; (*iii*) sfruttando maggiormente gli spazi lasciati alla sua discrezionalità. Invece, come visto, in molti casi la soluzione prescelta consiste nell'applicare l'atto *soft* più confacente al caso di specie in via principale o esclusiva.

Rimane dunque il quesito: quali sono i motivi più profondi che portano all'applicazione degli atti *soft* dell'Unione europea nei giudizi interni?

Un'ipotesi, a nostro avviso più convincente, è quella che ricostruisce la dinamica dei rapporti tra ordinamenti, nei casi di applicazione di atti dell'Unione non vincolanti, sulla scorta di uno o più criteri di tipo *funzionale*. Tale termine potrebbe essere inteso, in prima battuta, quale evocazione del principio di attribuzione delle competenze, che potrebbe in qualche misura spiegare la rilevanza della posizione assunta in determinati settori, anche per il tramite di atti non vincolanti, da istituzioni, organi e organismi dell'Unione[106]. In realtà, però, il termine "funzionale" dovrebbe essere qui inteso in un senso più ampio: l'applicazione data agli atti *soft* europei non sembra potersi spiegare soltanto in ragione dell'attribuzione di competenze all'Unione nelle materie considerate[107]

[106] Del resto, come è noto, è (anche) sul presupposto del riparto di competenze tra ordinamenti che la Corte costituzionale ha fondato la sua accezione del primato del diritto dell'Unione. Cfr., per tutte, Corte cost., sentenza n. 170/1984, *Granital*, spec. punti 4 e 5 del *Considerato in diritto*. In dottrina, cfr., *ex multis*, R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, cit., p. 21 s.; per alcune osservazioni critiche cfr., ad esempio, G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2018, spec. p. 468 s.

[107] Per un approfondimento sul tema dei rapporti tra competenze e *soft law* dell'Unione, cfr., *inter alia*, M. DAWSON, "Integration through Soft Law: No Competence Needed? Juridical and Bio-Power in the Realm of Soft Law", in *The Division of Competences between the EU and the Member States. Reflections on the Past, the Present and the Future* (a cura di Garben, Govaere), Oxford, 2017, p. 235 ss.; F. MARTUCCI, "La *soft law* dans la structure constitutionnelle de l'Union, une lecture contentieuse", in *Regards croisés sur la* soft law *en droit interne, européen et international* (a cura di Deumier, So-

(che anzi sempre più vivono un intreccio regolamentare tra livello nazionale e dell'Unione), essendo riconducibile anche ad altri fattori, tutt'altro che secondari.

Si pensi, in primo luogo, alla *persuasività degli argomenti sviluppati* negli atti *soft* dell'Unione, i quali, per un verso, risultano complessivamente più coerenti e meno frammentati rispetto alla giurisprudenza; per altro verso, non sono affetti dalla genericità che sovente connota, almeno in parte, gli atti vincolanti relativi a materie complesse o settoriali. Sotto il primo profilo, basti pensare alla già citata funzione degli atti *soft* quali strumenti di "codificazione" della giurisprudenza, tipica della materia della concorrenza. Sotto il secondo profilo, è sufficiente rilevare come gli atti *soft*, in molti ambiti, definiscano criteri interpretativi specifici e concreti, che risultano estremamente utili per valutare i concetti astratti cui, non di rado, fanno riferimento gli atti *hard* di carattere generale: e questo è certamente il caso, in particolare, ma non solo, del settore dei mercati finanziari, ad esempio – come visto *supra* – con riguardo al requisito di "adeguatezza" delle informazioni richieste all'investitore.

Vengono altresì in rilievo, in secondo luogo, l'*autorevolezza* e la *credibilità dell'organo emanante*, il quale, in molti casi, anche in considerazione della sua appartenenza al quadro istituzionale dell'Unione (inteso in senso lato), costituisce un vero e proprio punto di riferimento nel settore interessato. Ciò, peraltro, in un contesto nel quale si assiste sempre più spesso, e con riferimento ad un numero crescente di settori, a fenomeni di c.d. amministrazione intrecciata, con conseguente difficoltà di determinare il "livello" competente a disciplinare una certa materia; contesto che, dunque, finisce per agevolare la diffusione di atti che in qualche misura – anche se, forse, in modo illusorio – apportano un elemento di ordine in un panorama piuttosto confuso (benché i giudici, a dire il vero, non si soffermino su tali aspetti).

Ancora, in terzo luogo, sembra giocare un ruolo sovente decisivo la *natura fortemente tecnica delle materie "regolate"* dagli atti *soft* e, di conseguenza, l'esigenza, da parte dei giudici, di disporre di un supporto quanto più possibile dettagliato al fine di orientarsi nell'interpretazione di nozioni assai complesse e specialistiche.

Infine, in quarto luogo, non può negarsi la rilevanza pratica dell'elemento costituito dalla *semplicità (e comodità) di utilizzo*, dal momento che gli atti *soft*, come si è anticipato, sono sempre più *self-standing* e, in definitiva, rappresentano uno strumento semplice ed im-

rel), cit., p. 155 ss., spec. p. 160 ss.

mediato, in grado di fornire risposte esaustive a numerosi dubbi interpretativi[108].

È sulla scorta dei predetti fattori che deve intendersi il criterio (o la pluralità di criteri) di tipo funzionale cui si è fatto riferimento, che a nostro avviso spiega – e forse, almeno in una certa misura, giustifica – il frequente ricorso ad atti *soft* dell'Unione da parte dei giudici nazionali, anche in via principale o autonoma. Un criterio che evidentemente, almeno stando alla ricostruzione proposta, costituisce soprattutto una risposta ad esigenze di carattere pratico, senza tuttavia risolvere del tutto le numerose questioni aperte riguardanti la sistemazione del tema sotto il profilo teorico.

10. Il soft law *dell'Unione europea nei giudizi interni: un* bluff *istituzionale, tra rischi e opportunità*

Alla luce di quanto precede e dell'indagine empirica condotta, pur nella consapevolezza che gli aspetti meritevoli di ulteriori approfondimenti sarebbero numerosi, pare opportuno svolgere qualche riflessione finale in merito all'incidenza del *soft law* dell'Unione sui rapporti tra ordinamenti.

In proposito, è appena il caso di ricordare che l'utilizzo massiccio – e forse non sempre adeguatamente consapevole – di atti non vincolanti di provenienza europea, nell'ambito dei giudizi interni, comporta rischi non indifferenti: sul punto ci si è già soffermati *supra*, evidenziando in particolare il tema della codificazione *pro domo propria*, osservabile soprattutto in materia di concorrenza[109], nonché i "cortocircuiti istituzionali" che si nascondono dietro al ricorso al *soft law*, ad esempio nel settore dei mercati finanziari[110]. E ciò senza contare le numerose criticità – ampiamente studiate in dottrina[111] – che contrassegnano il *soft law* dal punto di vista della legittimità democratica e della trasparenza.

Se i rischi e le criticità in questione non devono certamente essere

[108] Questo aspetto è stato confermato dagli intervistati; ad esempio, nel corso dell'intervista al pool di magistrati del TAR Piemonte, si è affermato, tra l'altro: «utilizzo l'atto *soft* perché "trovo tutto lì"».

[109] V. *supra*, § 5.

[110] V. *supra*, § 6.2.

[111] *Ex multis* e in aggiunta agli autori già citati *supra*, J. SCOTT, "In Legal Limbo: Post-legislative Guidance as a Challenge for European Administrative Law", in *Common Market Law Review*, 2011, p. 329 ss.; S. KRÖGER, "The End of Democracy as We Know it? The Legitimacy Deficits of Bureaucratic Social Policy Governance", in *Journal of European Integration*, 2007, p. 565 ss.

sottovalutati, occorre tuttavia riconoscere che il *soft law* dell'Unione può essere altresì – segnatamente sotto l'angolo visuale dei rapporti tra ordinamenti – foriero di qualche opportunità.

In particolare, almeno nei due settori esaminati, sembra possibile affermare che il *soft law* "comunitario", proprio in quanto – come si è visto – consente di superare in concreto la prospettiva del primato del diritto dell'Unione inteso in senso gerarchico, dia luogo ad un rapporto "collaborativo" tra ordinamenti[112]. In altri termini, colmando lacune e fornendo un utile ausilio interpretativo ai giudici nazionali (nonché agli operatori in generale) senza condurre a contrasti con la normativa interna, tale strumento finisce per assicurare, nella pratica, un efficace coordinamento tra il livello dell'Unione ed il livello nazionale.

Il coordinamento *de quo* – che, beninteso, si inserisce in un quadro più ampio, nel quale la rilevanza del primato del diritto dell'Unione e delle conseguenze ad esso connesse non può certo essere messa in discussione – si realizza, sicuramente, sulla scorta del principio (generale) di leale cooperazione, di cui all'art. 4, par. 3, TUE. Ma probabilmente a ciò si aggiunge quello che potrebbe essere definito come una sorta di tacito gioco delle parti, più o meno consapevole. In particolare, per un verso, a livello di Unione europea si detta un insieme di previsioni che sovente vanno a comporre una vera e propria "disciplina", fortemente dettagliata, che tuttavia formalmente non è vincolante e, pertanto, è percepita dai giudici nazionali come meno lesiva della sovranità nazionale, oltre che (soprattutto) della loro discrezionalità. Per altro verso, l'ordinamento nazionale, *sub specie* i giudici interni, di fatto si adegua alla "disciplina" in questione, riconoscendone l'utilità pratica, essendo peraltro rassicurato dalla circostanza che tale adeguamento non sia il frutto di un obbligo, bensì di una scelta autonoma e volontaria.

Già nel 1975, Gaetano Arangio-Ruiz criticava il concetto di *soft law*, nella misura in cui esso porta nella categoria di ciò che è *law* anche regole o atti che appartengono a diverse sfere, o che hanno altre ragioni d'essere: quella morale, quella politica, quella della cortesia internazionale[113]. La riflessione era dedicata al diritto internazionale in materia

[112] Per ampie riflessioni in merito alle applicazioni del concetto di "collaborazione" ai rapporti tra ordinamento dell'Unione ed altri ordinamenti, cfr., recentemente, B. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostituzione, collaborazione e autonomia*, Torino, 2018, nonché Id., "ECJ and National Constitutional Courts: A Collaborative Law Approach", in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 47 ss., ove si fa riferimento all'approccio sviluppato, in termini più generali, da C. KESSEDJAN, *Le droit international collaboratif*, Paris, 2016.

[113] G. ARANGIO-RUIZ, Intervento nell'ambito delle "Interventions orales", in *La protection de l'environnement et le droit international (Colloque 1973) - The Protection*

ambientale di oltre quarant'anni fa: un contesto chiaramente non del tutto paragonabile a quello discusso nella presente ricerca.

Eppure, rimane tutt'oggi vero che, se osservati attraverso la lente del *soft law*, i rapporti tra ordinamenti perdono, almeno in parte, una caratteristica tipica dei rapporti *squisitamente* giuridici: la sussistenza di antinomie, e la connessa esigenza di disapplicazione della norma sottoordinata. E questo perché, in effetti, oltre che sul substrato giuridico dato dai principi generali contenuti nelle norme *hard*, gli atti *soft* in fondo si reggono anche su un'altra sfera di valori, assai più connessa alla politica e alla *comity* istituzionale.

Quale che sia il grado di corrispondenza del predetto gioco delle parti con l'assetto concreto dei rapporti tra ordinamenti nei casi in cui i giudici interni danno applicazione ad atti dell'Unione non vincolanti, sembra doversi riconoscere che il *soft law* "comunitario", per quanto problematico in ragione della sua ambiguità e dei rischi che comporta, costituisce in molti casi un metodo di collaborazione efficace tra ordinamento dell'Unione e ordinamento nazionale.

Un metodo che, in particolare, tende, almeno in linea generale, a mettere da parte gli elementi di conflittualità: e questo, nella fase attuale del processo di integrazione, pare costituire, di per sé, un risultato positivo.

of the Environment and International Law (Colloquium 1973) (a cura di Kiss), Leiden, 1975, p. 540 ss.

PARTE QUARTA

IL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO NEI GIUDIZI SULLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLE LEGGI

Presidenza

Elena Sciso

CONFORMITÀ DELL'ORDINAMENTO ITALIANO ALLE NORME DEL DIRITTO INTERNAZIONALE GENERALMENTE RICONOSCIUTE E CONTROLIMITI: PROBLEMI APERTI

Paolo PALCHETTI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. L'applicazione dell'art. 10, 1° comma, Cost. nella giurisprudenza della Corte Costituzionale – 2. Fattori che possono favorire un più frequente ricorso ai controlimiti. – 3. Funzione "promozionale" dei controlimiti? Il ruolo della Corte Costituzionale nel dare impulso allo sviluppo del diritto internazionale generale – 4. La difficile identificazione dei margini di comprimibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. – 5. Quale spazio per rimedi alternativi ai controlimiti? – 6. Conclusioni.

1. Introduzione. L'applicazione dell'art. 10, 1° comma, Cost. nella giurisprudenza della Corte Costituzionale

Sono assai rari i casi in cui la Corte Costituzionale ha accertato la illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge per contrasto con una norma immessa nell'ordinamento italiano per il tramite dell'art. 10, 1° comma, Cost.[1]. Sono in sostanza solo due, poi, le sentenze rilevanti nelle quali le "norme di diritto internazionale generalmente riconosciute" hanno costituito oggetto di controllo di costituzionalità – la sentenza 18 giugno 1979 n. 48 e la sentenza 22 ottobre 2014 n. 238[2]. Ciò non significa tuttavia che l'art. 10, 1° comma, Cost. sia stato

* Professeur de droit public, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne; Professore ordinario di diritto internazionale, Università di Macerata.

[1] Uno dei primi casi in cui la Corte è giunta a tale conclusione riguardava la illegittimità costituzionale della legge in tema di leva militare per contrasto con la norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta che, «indipendentemente dall'esistenza di una doppia imposizione, vincola gli Stati a non assoggettare a obblighi militari i cittadini di altri Stati». Cfr. sentenza 15 maggio 2001 n. 131, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 630.

[2] Riprodotte rispettivamente in *Rivista di diritto internazionale* 1979, p. 797 ss., e *ibid.*, 2014, p. 237 ss. Vale la pena precisare che in questo scritto, per riferirsi alle norme internazionali immesse nell'ordinamento italiano per il tramite del meccanismo di adattamento automatico di cui all'art. 10, 1° comma, Cost., si utilizzeranno indifferentemente

raramente invocato davanti alla Corte Costituzionale. Il problema, semmai, è che è stato spesso invocato con eccessiva facilità o in relazione a norme internazionali che non ricadono nel suo ambito di applicazione. Soprattutto nei primi anni di attività della Corte, l'art. 10, 1° comma, è stato richiamato per denunciare pretesi contrasti tra atti aventi forza di legge e accordi internazionali[3]. Non poche volte, poi, il giudice ordinario ha ravvisato l'esistenza di norme di diritto internazionale generale anche se gli elementi che attestavano una tale esistenza erano palesemente insufficienti, se non proprio assenti. In casi di questo tipo è stato facile per la Corte liberarsi rapidamente della questione di costituzionalità dichiarandola manifestamente inammissibile[4]. Vero è peraltro che la Corte, dal canto suo, come più volte rilevato dalla dottrina[5], non è esente da critiche quanto al metodo che in genere impiega nell'accertare l'esistenza e il contenuto di norme di diritto internazionale generale.

Nel corso del tempo la Corte Costituzionale ha provveduto a chiarire numerosi profili relativi al funzionamento del meccanismo costituzionale di adattamento al diritto internazionale. Che l'art. 10, 1° comma, Cost. non si applichi ad accordi internazionali è ormai pacifico, come è pacifico, almeno a partire dalla sentenza 48/1979, e in linea peraltro con quanto già prospettato da larga parte della dottrina, che le norme di diritto internazionale generale acquistano nell'ordinamento italiano rango costituzionale e incontrano solo il limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Certo, rimangono alcuni profili che la giurisprudenza della Corte non ha ancora provveduto ad illuminare. Non è ancora chiaro, per esempio, se le consuetudini internazionali regionali debbano ritenersi comprese nell'ambito di applicazione di questo meccanismo automatico di adattamento[6]. Né è dato sapere se le norme di diritto internazionale generale aventi carattere cogente, di cui la

le espressioni "diritto internazionale generalmente riconosciute", "diritto internazionale generale", "consuetudini internazionali".

[3] Ricade in questa categoria il primo caso nel quale la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su una questione di costituzionalità sorta in relazione a tale disposizione. Si veda sentenza 12 maggio 1960 n. 32, in *Rivista di diritto internazionale*, 1960, p. 522 ss.

[4] Per un esempio recente, si veda sentenza 6 marzo 2019 n. 37, con la quale la Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità, non avendo il giudice rimettente chiarito «in alcun modo in che senso debba ritenersi esistente una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta la quale imponga la criminalizzazione delle offese all'onore individuale».

[5] Per un esame di questo profilo si veda, più recentemente, G. CARELLA, "Il diritto internazionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale", in *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale* (a cura di Daniele), Napoli, 2006, pp. 5-7.

[6] Per un accenno a tale questione, si veda G. CARELLA, op. cit., p. 5.

Corte non ha fatto finora applicazione, abbiano, al pari delle altre norme internazionali generali, rango costituzionale o, come è stato sostenuto[7], rango equivalente a quello dei principi supremi della Costituzione. La stessa giurisprudenza della Corte dà adito ad alcuni interrogativi, per esempio circa i motivi che possono aver portato finora il giudice delle leggi a mostrare una certa resistenza rispetto all'accertamento di norme di diritto internazionale generale in materia di diritti umani[8].

Senza voler negare l'interesse di questi altri profili problematici, il presente scritto si concentrerà tuttavia sul tema che, da ultimo, ha dominato il dibattito intorno al meccanismo di adattamento previsto dall'art. 10, 1° comma, Cost.: l'impatto dei controlimiti, e del modo in cui la Corte ha mostrato di utilizzarli, sul principio di conformità dell'ordinamento interno al diritto internazionale generale. L'obiettivo, in particolare, è quello di riprendere alcune linee emerse da questo dibattito per mettere in luce le questioni ancora aperte.

2. Fattori che possono favorire un più frequente ricorso ai controlimiti

Come si è già rilevato, l'esistenza di controlimiti relativi all'applicazione del diritto internazionale generale era già stata affermata alcuni decenni fa con la sentenza 48/1979. All'epoca, la possibilità che la Corte Costituzionale potesse effettivamente attivarli fu vista con scetticismo: l'impressione prevalente era che la Corte volesse «tranquillizzare gli animi, indorando la pillola delle deroghe alla Costituzione con la promessa di vegliare a che non siano mai messi in pericolo i non meglio definiti "principi supremi"»[9]. Per lungo tempo si è in effetti guardato ai controlimiti come ad una dottrina «bella da enunciare ma difficile, se non impossibile, da applicare»[10].

Se la prospettiva di un ricorso ai controlimiti in relazione al diritto internazionale generale appare oggi ben più concreta, non è soltanto per il precedente costituito dalla sentenza 238/2014. Due diversi e più gene-

[7] N. RONZITTI, "L'adattamento dell'ordinamento italiano alle norme imperative del diritto internazionale", in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 638.

[8] Sul punto, tra gli altri, F. SALERNO, "Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno", in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, pp. 374-377.

[9] Così L. CONDORELLI, "Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione", in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, p. 459.

[10] M. LUCIANI, "I controlimiti e l'eterogenesi dei fini", in *Questione giustizia*, 2015, p. 84.

rali ordini di fattori sembrano acquisire rilevanza, il primo attinente al peso crescente della dimensione internazionale nella disciplina applicabile da parte del giudice interno, il secondo relativo al modo in cui questioni di costituzionalità aventi ad oggetto norme di diritto internazionale generale possono essere portate davanti al giudice delle leggi. Entrambi questi fattori vanno nella direzione di favorire o, quanto meno, facilitare un più frequente ricorso ai controlimiti.

Che l'ordinamento internazionale abbia conosciuto negli ultimi decenni uno sviluppo impetuoso è un dato ormai ampiamente rilevato. Il diritto internazionale regola sempre più aspetti che un tempo erano disciplinati in via esclusiva dal diritto interno, finendo, come nel caso delle regole di diritto internazionale penale, per regolare questioni assai sensibili[11]. Come è stato osservato, la sovrapposizione di una disciplina internazionale a quella di diritto interno può avere come effetto, soprattutto in ordinamenti, come quello italiano, caratterizzati da una notevole "apertura internazionalistica", di ridurre lo spazio di applicazione del diritto interno e, soprattutto, di sottrarre gli individui alle garanzie più ampie che sono loro offerte dal diritto costituzionale interno[12]. Può non sorprendere allora che siano sempre più numerosi i casi in cui, anche in ordinamenti internazionalmente aperti, i giudici interni manifestano un atteggiamento di resistenza all'applicazione delle norme internazionali; ciò soprattutto laddove l'applicazione di tali norme si accompagnerebbe ad una diminuzione delle garanzie di tutela fornite agli individui[13]. Un tale atteggiamento di resistenza è reso manifesto da una serie di decisioni recenti in cui la Corte Costituzionale si è mostrata disponibile ad attivare l'arma dei controlimiti[14]. In questo senso, la sentenza 238/2014, lungi dal costi-

[11] Sulla rilevanza "costituzionale" dell'espansione del diritto internazionale generale in settori sensibili quali quello del diritto penale, si veda F. SALERNO, "Il limite – non il contro-limite – della riserva di legge all'attuazione diretta della norma internazionale "generalmente riconosciuta" in materia penale", in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, 2014, p. 2861 ss.

[12] Come rilevato da D. LUSTIG, J.H.H. WEILER, "Judicial review in the contemporary world – Retrospective and prospective", in *International Journal of Constitutional Law*, 2018, p. 347, «if what was traditionally regulated by national legislation or administrative law has now migrated to the international sphere, why should this be accompanied by a substantive diminution in the substantive criteria of its constitutionality?». Si veda anche M. LUCIANI, "Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale", in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2/2016, p. 1 ss.

[13] Per un esame dell'emergere di questa tendenza nella giurisprudenza di numerosi giudici interni, si vedano D. LUSTIG, J.H.H. WEILER, op. cit., p. 345 ss.

[14] Si vedano, in particolare, la sentenza 28 novembre 2012 n. 264, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 616 (sulla quale cfr. B. CONFORTI, "La Corte costituzionale applica la teoria dei controlimiti", ibid., p. 526 ss.) e l'ordinanza 26 gennaio 2017 n. 24, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 653 ss. (sulla quale cfr. F. VIGANÒ, "Le paro-

tuire un caso isolato, costituisce una manifestazione di un clima complessivo di maggiore diffidenza, più o meno giustificata, nei confronti dell'importazione di valori e regole internazionali nell'ordinamento interno.

L'altro fattore – conseguenza diretta, questa sì, della sentenza 238/2014 – attiene più specificamente alle forme attraverso cui si esercita il controllo di costituzionalità sulle norme di diritto internazionale generale. Esso è costituito dalla rimozione di alcuni ostacoli che, sul piano del diritto processuale costituzionale, limitavano di fatto la possibilità di sindacato da parte della Corte Costituzionale. Se la sentenza 48/1979 aveva riconosciuto l'applicabilità di controlimiti concernenti il diritto internazionale generale, la Corte Costituzione era stata attenta all'epoca a non agevolare la possibilità di un sindacato di costituzionalità su tali norme[15]. Da una parte, essa aveva introdotto una distinzione tra norme internazionali a seconda del momento della loro formazione, sottraendo a ogni controllo di costituzionalità quelle che erano venute ad emersione prima dell'entrata in vigore della Costituzione; dall'altra, aveva evitato di precisare se una regola di diritto internazionale generale potesse essere oggetto di un controllo "diretto" di costituzionalità; in particolare, non aveva chiarito se tali norme potessero ritenersi incluse nel novero delle norme a cui fa riferimento l'art. 134 Cost., benché tale disposizione indichi, come oggetto dell'impugnazione, solo le leggi e gli atti aventi forza di legge. La sentenza 238/2014 ha eliminato limiti ed incertezze: ha espressamente escluso la rilevanza del criterio temporale, assoggettando così tutte le norme di diritto internazionale generale al rispetto dei controlimiti, e ha ammesso che tali norme possono essere sottoposte ad un controllo accentrato di costituzionalità al pari delle norme poste dagli atti elencati all'art. 134 Cost. Non mi propongo qui di esaminare nel merito la correttezza delle soluzioni accolte dalla Corte[16]. Mi limito ad osservare che entrambe queste novità ampliano le possibilità per il giudice delle

le e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco", in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, (a cura di Bernardi, Cuppelli), Napoli, 2017, p. 475 ss.).

[15] Per un confronto tra il diverso approccio della Corte Costituzionale nelle due sentenze, si veda E. CANNIZZARO, "I valori costituzionali oltre lo Stato", in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 8 ss.

[16] Per le critiche mosse in passato dalla dottrina prevalente alla distinzione tra norme formatesi prima o dopo la Costituzione, è sufficiente riferirsi a B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 6° ed., 2002, Napoli, p. 316, e a T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 664.

leggi di esercitare un sindacato di costituzionalità sulle norme di diritto internazionale generale[17].

Vale peraltro la pena di osservare che su un punto la Corte ha, opportunamente, mantenuto intatta la sua posizione: il controllo di costituzionalità di tali norme resta un controllo di costituzionalità accentrato. Date le rilevanti ripercussioni che l'attivazione dei controlimiti può generare, si tratta di una importante garanzia a tutela della uniformità della posizione dello Stato rispetto alla conformità dell'ordinamento interno agli obblighi derivanti dal diritto internazionale generale.

3. Funzione "promozionale" dei controlimiti? Il ruolo della Corte Costituzionale nel dare impulso allo sviluppo del diritto internazionale generale

È stato giustamente osservato che i controlimiti non debbono essere considerati soltanto come «paletti di difesa di interessi nazionali (anche egoistici)»[18]; essi possono rappresentare anche lo strumento attraverso il quale il giudice interno fornisce un contributo costruttivo finalizzato a sviluppare in una certa direzione processi di integrazione sovranazionale o di definizione del contenuto delle regole internazionali. Come questo "effetto costruttivo" possa realizzarsi dipende evidentemente dalle caratteristiche specifiche della norma esterna a cui l'uso dei controlimiti impedisce di fare ingresso nell'ordinamento italiano. Nel caso di norme di diritto internazionale generale, un tale effetto sarebbe costituito dall'impulso al rinnovamento della norma in questione attraverso la sua violazione. Come la prassi internazionale appare talora attestare, può essere necessario, almeno in una fase iniziale, passare per una fase "patologica" di violazione della regola internazionale consuetudinaria per po-

[17] Sul punto si veda G. GAJA, "Alternative ai controlimiti rispetto a norme internazionali generali e a norme dell'Unione europea", in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 1037 ss.

[18] Così M. LUCIANI, "Il brusco risveglio", cit., p. 6. Nello stesso senso, D. LUSTIG, J.H.H. WEILER, op. cit., p. 353, osservano, con riguardo alla sentenza 238/2014, che la Corte Costituzionale «was not making a simple sovereignty argument – a Schmittian power play between the international and the domestic. It was concerned with values – and in this case not simply values of the Italian system». Per considerazioni analoghe si vedano P. DE SENA, "The judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law", in *QIL-Questions of International Law*, 2014, p. 17 ss.; G. CATALDI, "A historic decision of the Italian Constitutional Court on the balance between the Italian legal order's fundamental values and customary international law", in *Italian Yearbook of International Law*, 2014, p. 37 ss.

tere giungere al formarsi di nuovi equilibri in ordine al contenuto di tale regola. In questa ottica, l'uso dei controlimiti troverebbe una sorta di giustificazione o quanto meno un'ammorsatura in chiave internazionale nella natura inevitabilmente dinamica e dialettica del processo di formazione delle norme di diritto internazionale generale[19].

Una tale prospettiva non è estranea alla Corte Costituzionale, che nella sentenza 238/2014 si riferisce espressamente alla «auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale»[20] e al ruolo del giudice interno nella formazione e modificazione di consuetudini internazionali. Occorre tuttavia interrogarsi sul peso da attribuire a questa funzione "promozionale" dei controlimiti e sui problemi che questa solleva.

Per quanto sempre più il diritto internazionale generale tenda a manifestarsi sotto forma di *consuetudines scriptae*, vale a dire come il risultato di compromessi a largo raggio raggiunti in seno a conferenze od organizzazioni internazionali piuttosto che attraverso azioni e reazioni isolate di singoli Stati[21], i giudici interni mantengono senza dubbio un ruolo significativo nel processo di formazione e modificazione del diritto internazionale generale. È banale tuttavia osservare che la capacità del giudice interno di orientare in una certa direzione il processo di formazione della regola sarà maggiore quanto più incerto è il quadro che emerge a livello internazionale, vuoi per la scarsità della prassi a disposizione vuoi per la presenza di tendenze contraddittorie nella prassi. Una situazione di questo tipo lascia al giudice un certo spazio per una interpretazione costituzionalmente orientata della prassi internazionale[22]. Non

[19] È bene chiarire che tale "giustificazione" non fa comunque venir meno l'illecito sul piano internazionale e la conseguente responsabilità nei confronti della Germania. Per la tesi secondo cui il rispetto dei principi costituzionali dello Stato potrebbe operare come causa di esclusione dell'illecito, si veda tuttavia B. Conforti, *Diritto internazionale*, 11° ed. (a cura di Iovane), 2018, Napoli, p. 408.

[20] Sentenza 238/2014, cit., par. 3.3. della parte in diritto. Come osservato da L. GRADONI, "Corte Costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile", SIDIBlog (http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1101), la Corte manifesta un «animus inducendi consuetudinem».

[21] Sulla nozione di *consuetudines scriptae* e sulla loro rilevanza nell'attuale panorama dei metodi di rilevazione della consuetudine internazionale, si vedano le osservazioni di L. CONDORELLI, "Diritto non scritto: erosione degli spazi o continua vitalità?", in *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo* (a cura di Palchetti), Napoli, 2016, p. 43 ss.

[22] La possibilità che la Corte costituzionale dia il proprio contributo «affinché valori di carattere costituzionale che sono ormai sentiti pure nell'ambito della comunità internazionale [...] affiorino e si traducano in norme positive di diritto internazionale generale», è stata prospettata, in particolare, da B. CONFORTI, "Costituzione italiana e diritto interna-

è questa, tuttavia, la situazione con la quale si deve confrontare la Corte Costituzionale quando decide di attivare i controlimiti. Tale operazione presuppone che non vi siano margini per una interpretazione costituzionalmente orientata della prassi e che, anzi, la Corte dia per accertata l'esistenza di una prassi generale a sostegno della norma internazionale in questione. Questa è in effetti la strada seguita dalla Corte nella sentenza 238/2014[23]. Dato questo contesto, la fiducia che si può riporre nella funzione promozionale dei controlimiti deve allora fare i conti con la difficoltà di realizzazione o, quanto meno, con l'aleatorietà insita nella prospettiva che la sentenza di un giudice nazionale, per quanto autorevole, possa far venire meno l'equilibrio esistente in un dato momento nella posizione dei diversi Stati della comunità internazionale e possa generare un processo di progressivo recepimento da parte della generalità degli Stati della soluzione prospettata da tale sentenza.

La funzione promozionale dei controlimiti solleva inoltre il problema del coordinamento tra organi giurisdizionali e organi politici in ordine alla collocazione dello Stato italiano rispetto al contenuto da dare ad una certa norma di diritto internazionale generale. In altre parole, il problema è quello di capire se la sentenza con la quale la Corte Costituzionale esclude l'operatività nell'ordinamento interno di una norma internazionale generale abbia anche per effetto di costringere gli organi politici ad allinearsi alla posizione della Corte, imponendo loro di farsi a propria volta "promotori" di una regola internazionale che rifletta effettivamente i valori costituzionali promossi dal giudice delle leggi. L'esigenza di coerenza nella posizione dei diversi organi dello Stato rileva da più punti di vista. In particolare, nella prospettiva del diritto internazionale, prese di posizione contradditorie dei diversi organi di uno Stato indeboliscono

zionale generale", in *Costituzione dello Stato e norme internazionali* (a cura di Leanza), Milano, 1988, p. 158 ss. Per alcune considerazioni in ordine alla possibilità che la Corte costituzionale applichi una tecnica consistente nel «ricercare un'interpretazione della norma internazionale maggiormente rispettosa delle esigenze di tutela costituzionale», si veda F. SALERNO, "Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno", in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 372 ss.

[23] In particolare, la Corte non ha ritenuto di dovere mettere in discussione l'accertamento operato dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 3 febbraio 2012, sul presupposto che «l'interpretazione da parte della CIG della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati per atti ritenuti iure imperii è un'interpretazione particolarmente qualificata, che non consente un sindacato da parte di amministrazioni e/o giudici nazionali, ivi compresa questa Corte». Sentenza 238/2014, par. 3.1. Per una critica della posizione assunta dalla Corte Costituzionale a questo riguardo si veda E. CANNIZZARO, "Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: the Decision of the Italian Constitutional Court No. 238 of 2014", in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 128.

la rilevanza della prassi di quello Stato ai fini della formazione di una consuetudine internazionale[24].

La questione del coordinamento tra poteri dello Stato in ordine alla determinazione del diritto internazionale generale costituisce un tema ancora poco esplorato in dottrina e rispetto al quale sono pochi gli spunti di interesse offerti dalla prassi o dalla giurisprudenza, inclusa quella della Corte Costituzionale. Uno dei rari tentativi fatti in dottrina per dare una risposta a tale questione a partire da alcuni dati offerti dalla Costituzione si era mosso nell'ottica di realizzare un coordinamento per assicurare agli organi politici un possibile margine di discrezionalità, esente nella sostanza dal controllo giurisdizionale, nella determinazione della posizione dello Stato rispetto ad una determinata norma internazionale generale[25]. Il ricorso ai controlimiti solleva tuttavia il problema inverso: come assicurare che gli organi politici si allineino alla Corte Costituzionale nella promozione a livello internazionale di determinati valori costituzionali?

È stato notato che decisioni come la 238/2014, in quanto qualificabili come sentenze interpretative di rigetto, formalmente vincolano solo le parti e non hanno effetti *erga omnes*[26]. Se è altamente improbabile che giudici diversi dal giudice *a quo* disattendano la decisione della Corte, rimane tuttavia la difficoltà di definirne le implicazioni per gli organi politici. Del resto, la sentenza 238/2014 impedisce l'operatività della regola consuetudinaria sull'immunità nell'ordinamento italiano quando questa sia invocata rispetto a gravi violazioni dei diritti umani o del diritto umanitario commesse da uno Stato straniero. Essa lascia tuttavia impregiudicata la questione della invocabilità di tale norma da parte del governo italiano rispetto a procedimenti incardinati contro l'Italia presso giudici di altri Stati: se lo Stato italiano fosse convenuto davanti ad un giudice greco per crimini commessi dall'Italia fascista in Grecia durante la Se-

[24] È sufficiente qui riferirsi ai lavori della Commissione di diritto internazionale in tema di identificazione del diritto internazionale consuetudinario. Il paragrafo 2 della conclusione n. 7, adottata in seconda lettura, insieme alle altre conclusioni, nel 2018, stabilisce infatti che, «[w]here the practice of a particular State varies, the weight to be given to that practice may, depending on the circumstances, be reduced». Cfr. *Draft conclusions on identification of customary international law*, disponibile al sito http://legal.un.org/ilc/texts/1_13.shtml.

[25] Mi riferisco al noto scritto di L. CONDORELLI, "Il "riconoscimento generale" delle consuetudini internazionali nella Costituzione italiana", in *Rivista di diritto internazionale*, 1979, p. 5 ss.

[26] Si vedano L. SILVESTRI, "Sovranità vs. diritti fondamentali", in *Questione giustizia*, 2015, p. 62, e F. PALOMBINO, "Quale futuro per i giudizi di costituzionalità delle norme internazionali generali? Il modello rivisitato della sentenza interpretativa di rigetto", in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 151 ss.

conda guerra mondiale, potrebbe il governo italiano invocare la regola internazionale generale sull'immunità per sottrarsi al giudizio? Si potrebbe sostenere che, in virtù dell'art. 24 Cost., il governo sia costituzionalmente tenuto a non invocare la regola dell'immunità – o comunque a rinunciarvi laddove il giudice straniero la riconosca d'ufficio – per non privare i ricorrenti del godimento del diritto fondamentale dell'accesso al giudice. L'ipotesi appena formulata apre peraltro un ulteriore problema, che attiene alla applicazione extraterritoriale della Costituzione italiana. Per potere essere accolta, questa tesi presuppone che si riconoscano effetti extraterritoriale alle norme della Costituzione. In altre parole, si deve riconoscere che il rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione debba essere assicurato dagli organi dello Stato anche quando questi agiscono al di fuori del territorio italiano. Ci sono senza dubbio validi motivi a favore del riconoscimento di un tale effetto. Si tratta tuttavia di un profilo, questo, sul quale la giurisprudenza della Corte Costituzionale offre pochissimi spunti e che è rimasto ad oggi largamente inesplorato in dottrina[27].

Vale la pena notare, per chiudere su questo punto, che le reazioni dell'esecutivo, all'indomani della sentenza 238/2014, non sono state nel senso di un immediato allineamento alle posizioni espresse dalla Corte Costituzionale. In alcuni casi pendenti contro la Germania davanti a giudici italiani, il governo ha continuato a chiedere il riconoscimento dell'immunità allo Stato tedesco[28]. Né alcuna iniziativa è stata presa ad oggi per assicurare la compatibilità della nuova situazione creatasi a seguito della sentenza 238/2014 con gli obblighi derivanti dalla partecipazione alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni[29]. Queste prime indicazioni sembrano

[27] Sul punto si vedano tuttavia G. GAJA, "Sui limiti di applicazione delle norme costituzionali relative ai diritti fondamentali", in *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Milano, 2010, p. 561 ss., e E. CANNIZZARO, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, 1991, p. 273 ss. Il tema dell'applicazione extraterritoriale è stato invece ampliamente studiato in relazione all'esperienze di altri Stati. Con riguardo al caso degli Stati Uniti si veda, in particolare, S.H. CLEVELAND, "Embedded International Law and the Constitution Abroad", in *Columbia Law Review*, 2010, p. 226 ss.

[28] Per riferimenti puntuali a questo riguardo, si veda K. OELLERS-FRAHM, "A Never-Ending Story: The International Court of Justice—The Italian Constitutional Court—Italian Tribunals and the Question of Immunity", in *Zeitschrift fur ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2016, pp. 195-196.

[29] Con riguardo a tale questione, si veda F. SALERNO, "Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto", in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 57.

dunque confermare che esiste effettivamente un problema di coordinamento tra le posizioni dei diversi poteri dello Stato.

4. La difficile identificazione dei margini di comprimibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale

All'indomani della sentenza 48/1979 fu subito rilevato come la dottrina dei controlimiti, enunciata dalla Corte Costituzionale in relazione alle norme di diritto internazionale generale, generasse notevoli incertezze con riguardo alla identificazione dei «limiti di tollerabilità delle deroghe alla Costituzione suscettibili di derivare dal diritto internazionale»[30]. Per molti versi, tale incertezza permane anche dopo la sentenza 238/2014. In particolare, è difficile cogliere quale sia lo standard di giudizio che la Corte ritiene di dover impiegare per valutare l'esistenza di un conflitto tra una norma di diritto internazionale generale e un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale, nonché per comporre tale contrasto.

Come è stato messo in evidenza da quasi tutti i commentatori, in occasione della sentenza 238/2014 la Corte, al fine di verificare la compatibilità della regola sull'immunità dello Stato straniero con il diritto fondamentale dell'accesso al giudice enunciato all'art. 24 Cost., è apparsa mettersi nell'ottica di compiere un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco[31]. Di fatto, le valutazioni circa il metodo effettivamente impiegato dalla Corte per la composizione del conflitto divergono profondamente. Alcuni autori negano che la Corte abbia svolto un effettivo giudizio di bilanciamento[32]; altri ritengono che un bilanciamento ci sia invece stato,

[30] L. CONDORELLI, "Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione", cit., p. 458.

[31] Sentenza 238/2014, cit., par. 3.1. della parte in diritto: «Ed è precisamente questo il *thema decidendum* che ha sottoposto a questa Corte il Tribunale di Firenze nel sollevare le questioni di legittimità costituzionale precisate in epigrafe: di verificare la compatibilità della norma internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, così come interpretata dalla CIG, con un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale quale il diritto al giudice (art. 24), congiuntamente al principio posto a tutela di diritti fondamentali della persona (art. 2). D'altra parte, la possibilità della verifica di compatibilità resta intatta comunque, anche tra norme – come nella specie – entrambe di rango costituzionale, il bilanciamento rientrando tra "le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza"».

[32] Così E. CANNIZZARO, "I valori costituzionali oltre lo Stato", cit., p. 15 ss. Una posizione simile è sostenuta da M. LUCIANI, "I controlimiti e l'eterogenesi dei fini", cit., p. 92, ad avviso del quale « il punto che occorreva dimostrare non era tanto il pregio dei diritti lesi dagli atti *iure imperii* dello Stato straniero, quanto l'assenza di pregio

anche se non vi è sempre uniformità di vedute su quali siano i diversi interessi presi in considerazione dalla Corte per svolgere tale operazione[33]; per altri ancora la Corte si è in realtà limitata a valutare se il bilanciamento tra i diversi interessi e principi posto in essere dalla Corte internazionale di giustizia nel momento in cui ha affermato l'esistenza di una regola sull'immunità in casi di crimini internazionali «è tollerabile nel quadro dei principi della Costituzione italiana»[34].

Questa difformità di punti di vista è già di per sé un indice significativo della poca chiarezza che emerge dalla sentenza quanto al metodo impiegato dalla Corte per accertare e comporre il conflitto tra norma internazionale generale e principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale. D'altro canto, non si può negare che ciascuna di queste diverse letture sembra trovare un qualche aggancio nella sentenza 238/2014. È vero infatti che la Corte riconosce che i principi fondamentali della Costituzione possono essere sottoposti a bilanciamento con altri interessi. Lo si ricava in particolare da alcuni passaggi in cui la Corte ammette che un principio fondamentale quale il diritto alla tutela giurisdizionale possa subire una limitazione al fine di tutelare un interesse concorrente, precisando che spetta alla Corte garantire che tale sacrificio si riduca al minimo[35]. In questo senso, la Corte dà l'impressione di compiere un bilanciamento nel momento in cui appare disposta a comprimere il principio dell'art. 24 Cost., anche se la conclusione a cui arriva è quella di escludere che, nel caso di specie, sussistano i presupposti per un sacrificio,

dell'interesse all'intangibilità di quegli atti davanti al giudice dell'altro Stato, interesse la cui caratura internazionale è indiscussa, ma che proprio per questo avrebbe dovuto essere vagliato nella sua eventuale dimensione costituzionale».

[33] Questa posizione è sostenuta da F. SALERNO, "Giustizia costituzionale *versus* giustizia internazionale", cit., p. 57, il quale individua «nell'attuazione nell'ordinamento interno della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile» e nel principio sancito nell'art. 24 Cost. i due interessi messi a bilanciamento, e da T. GROPPI, "La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana", in *Consulta OnLine*, 2015, I (09.01.15), p. 3, la quale fa riferimento, in contrapposizione al principio di cui all'art. 24 Cost., ad un "interesse pubblico «non meglio specificato, probabilmente – ma non è esplicitato nella decisione – da ritenere anch'esso del rango di principio supremo».

[34] In questo senso R. BIN, "L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014", in *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo*, cit., p. 200.

[35] Tra i diversi passaggi rilevanti, si veda sentenza 238/2014, cit., par. 3.1. della parte in diritto: «In tali ipotesi spetta al giudice nazionale, ed in particolare esclusivamente a questa Corte, una verifica di compatibilità costituzionale, nel caso concreto, che garantisca l'intangibilità di principi fondamentali dell'ordinamento interno ovvero ne riduca al minimo il sacrificio».

anche solo parziale, di tale diritto[36]. È vero anche, però, che nello spiegare perché un tale sacrificio non si giustificherebbe, la Corte si concentra esclusivamente sul contenuto della norma internazionale quale risulta dall'accertamento operato dalla Corte internazionale di giustizia. Essa contrappone, di fatto, la funzione che quella norma svolgerebbe a seguito della ricostruzione che di essa ha operato la Corte internazionale di giustizia alla funzione che essa dovrebbe avere per potere giustificare, in base ai principi costituzionali, una compressione dell'art. 24 Cost.[37]. In questo senso, il giudizio della Corte Costituzionale finisce in effetti per assumere la fisionomia di un giudizio, operato alla luce dei principi costituzionali interni, sul bilanciamento operato dalla Corte internazionale di giustizia. Concentrando la sua attenzione sul contenuto della norma internazionale, ed in particolare sul fatto che questa, per come formulata dalla Corte internazionale di giustizia, coprirebbe anche comportamenti «estranei all'esercizio legittimo della potestà di governo»[38], la Corte Costituzionale finisce in sostanza per escludere in partenza che vi siano le condizioni per entrare in una operazione di bilanciamento. Per questo motivo, sembra cogliere nel segno la critica che ritiene che la Corte non abbia in realtà svolto un effettivo bilanciamento[39]. Manca, in effetti, una precisa identificazione dell'interesse costituzionalmente garantito che si contrapporrebbe a, ed entrerebbe in bilanciamento con, l'interesse a consentire l'accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti. L'interesse in questione che qui dovrebbe entrare in gioco è quello espresso dall'art. 10, 1° comma, Cost., ossia il principio di conformità dell'ordinamento italiano alle norme di diritto internazionale generale. La sentenza non pare tuttavia prendere in considerazione l'interesse dello Stato al rispetto degli obblighi posti dal diritto internazionale generale né di fatto procede ad un bilanciamento tra tale interesse e l'interesse delle vittime ad avere accesso al giudice. L'assenza di riferimento all'interesse generale al rispetto del diritto internazionale generale e al peso che a tale interesse deve

[36] Questo punto è sottolineato in particolare da A. RUGGERI, "La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)", in *Consulta online*, 2014, p. 6 ss.

[37] Si veda, in particolare, sentenza 238/2014, cit., par. 3.4. della parte in diritto: «L'immunità dalla giurisdizione degli altri Stati, se ha un senso, logico prima ancora che giuridico, comunque tale da giustificare, sul piano costituzionale, il sacrificio del principio della tutela giurisdizionale dei diritti inviolabili garantito dalla Costituzione, deve collegarsi – nella sostanza e non solo nella forma – con la funzione sovrana dello Stato straniero, con l'esercizio tipico della sua potestà di governo».

[38] Sentenza 238/2014, cit., par. 3.4. della parte in diritto.

[39] E. CANNIZZARO, "I valori costituzionali oltre lo Stato", cit., p. 15 ss.

essere attribuito in una operazione di bilanciamento costituisce, a mio avviso, il limite più evidente nell'impostazione seguita dalla Corte per giustificare la mancata immissione nell'ordinamento italiano della regola sull'immunità dello Stato straniero. Una ponderazione in concreto dei diversi interessi in gioco avrebbe probabilmente fornito alla Corte l'occasione di precisare le circostanze in presenza delle quali si possono tollerare forme di compressione del principio enunciato all'art. 24 Cost; indicazioni di questo tipo sarebbero oggi preziose per capire il margine di manovra a disposizione degli organi politici per trovare una via d'uscita alla attuale situazione di stallo.

Se l'interesse dello Stato al rispetto del diritto internazionale generale, di per sé, debba essere considerato un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale, suscettibile, in quanto tale, di giustificare, attraverso un bilanciamento tra interessi, la compressione di altri principi fondamentali costituisce, ad oggi, una questione ancora aperta. Più in generale, resta l'incertezza circa lo standard di giudizio che la Corte Costituzionale andrà ad applicare quando sarà nuovamente chiamata a valutare se attivare i controlimiti in relazione a norme del diritto internazionale generale. Se è vero che in generale la Corte appare restia a formalizzare uno standard di giudizio prestabilito al quale fare riferimento in caso di giudizio di proporzionalità e di ragionevolezza, l'elaborazione di un canone di giudizio chiaro accrescerebbe la prevedibilità e la coerenza delle decisioni in un ambito particolarmente delicato quale quello del rispetto da parte dello Stato dei propri obblighi internazionali[40].

5. Quale spazio per rimedi alternativi ai controlimiti?

In presenza di un conflitto tra una norma di diritto internazionale generale e un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale, il diniego di accesso nell'ordinamento italiano alla norma internazionale dovrebbe costituire una *extrema ratio*. Prima, si dovrebbe valutare se una composizione di tale conflitto possa essere raggiunta attraverso il ricorso a rimedi alternativi che consentano una protezione equivalente del principio costituzionale senza tuttavia impedire l'ingresso della norma inter-

[40] Sulla reticenza della Corte Costituzionale a sistematizzare un proprio standard di giudizio prestabilito che possa guidare la sua attività in sede di giudizio di proporzionalità e di ragionevolezza, nonché sui limiti di tale impostazione, si veda M. CARTABIA, "I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana", https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf.

nazionale. La dottrina ha da tempo messo in luce l'importanza che tende ad assumere, nel giudizio di costituzionalità di norme internazionali, la possibilità di ricorrere a forme di protezione equivalente dei principi costituzionali. All'indomani della sentenza 48/1979 la preoccupazione era quella di limitare il sacrificio imposto al diritto del singolo in conseguenza del primato riconosciuto alla norma internazionale[41]. Dopo la sentenza 238/2014, la prospettiva è piuttosto quella di trovare alternative ai controlimiti per assicurare il rispetto da parte dello Stato italiano dei propri obblighi internazionali[42].

La disponibilità effettiva di forme di protezione equivalente dei diritti del singolo non può che essere accertata in concreto, alla luce della norma internazionale generale in questione e delle circostanze di ciascun caso. Si è discusso, a questo riguardo, se, in caso di applicazione di regole internazionali che riconoscono l'immunità ad un agente diplomatico o ad uno Stato straniero, costituisca una valida forma di protezione equivalente la possibilità per l'individuo di cercare tutela giurisdizionale davanti ai giudici dello Stato straniero in questione. Al riguardo, appare ragionevole ritenere che solo se la strada del ricorso davanti ai giudici dello Stato straniero risulti preclusa si pone un problema di conflitto tra regola internazionale e principio costituzionale[43]. Nella sentenza 238/2014 la Corte non ha messo in evidenza questo aspetto, anche se, nel caso di specie, i ricorrenti, pur avendo fatto ricorso davanti ai giudici tedeschi, non avevano ottenuto ivi tutela; è vero tuttavia che l'assenza di vie giurisdizionali alternative può forse considerarsi implicito nel ragionamento della Corte. La Corte fa invece un chiaro riferimento al fatto che, tra le forme alternative di protezione degli interessi dei ricorrenti, vi era anche la strada dei negoziati, come indicato anche dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 2012[44]. È probabile che l'assenza di un negoziato effettivo tra Italia e Germania abbia pesato nella valutazione finale della Corte[45]. Essa non ha tuttavia sviluppato questo punto nel suo ragionamento. La conseguenza è che è difficile stabilire se, e a quali condizioni, un accordo tra i due Stati possa costituire un valido rimedio alter-

[41] L. CONDORELLI, "Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione", cit., p. 462.

[42] G. GAJA, "Alternative ai controlimiti", cit., p. 1037 ss.

[43] Così anche B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 11° ed., cit., p. 356. Più dubitativo L. CONDORELLI, "Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione", cit., p. 462.

[44] E. CANNIZZARO, "I valori costituzionali oltre lo Stato", cit., p. 15 ss.

[45] Così F. SALERNO, "Giustizia costituzionale *versus* giustizia internazionale", cit., p. 51.

nativo e giustificare conseguentemente una limitazione del diritto di accesso al giudice[46].

In molti casi in cui viene in gioco l'applicazione di norme di diritto internazionale generale una forma di protezione alternativa della posizione del singolo potrebbe essere identificata nell'intervento sul piano internazionale da parte dell'organo esecutivo. Difficilmente, tuttavia, un intervento di questo tipo può costituire una forma effettiva di protezione equivalente laddove la scelta di intervenire è rimessa interamente alla discrezionalità dell'organo politico[47]. Diverso è invece il caso in cui si ravvisi un'esigenza costituzionale per lo Stato italiano di provvedere direttamente a fornire una protezione equivalente all'individuo – in particolare attraverso l'imposizione a suo carico di un dovere di indennizzo –, eventualmente sostituendosi a questo nelle pretese nei confronti dello Stato straniero. Nella sentenza 238/2014 la Corte Costituzionale non ha preso in esame questa possibilità[48]. Si tratta tuttavia di una possibilità che era stata prospettata in passato, sia in dottrina che nella prassi[49]. La stessa Corte Costituzionale vi ha fatto indirettamente riferimento quando, nella sentenza 15 luglio 1992 n. 329, ha indicato come uno strumento di intervento a disposizione del potere esecutivo, «idoneo a evitare, senza sacrificio del diritto dei singoli alla tutela giurisdizionale, l'applicazione di misure coercitive su beni appartenenti a uno Stato estero», «la possibilità che lo Stato italiano intervenga nella procedura esecutiva offrendo al creditore il pagamento del terzo ai sensi dell'art. 1180 cod.civ., oppure nella procedura cautelare offrendo al ricorrente, in cambio dell'abbandono della domanda di sequestro, garanzia di pagamento del debito che sarà accertato a carico dello Stato estero mediante un ordinario processo di cognizione»[50]. Non è da escludere che lo spunto fornito da questo passaggio della sentenza 329/1992 possa tornare utile alla Corte qualora essa dovesse essere chiamata ad accertare, in relazione alla vicenda dei crimini commessi dalla Germania nazista, la compatibilità con

[46] Su questo punto si vedano le considerazioni di R. CAPONI, "Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 3908 ss.

[47] Così anche T. TREVES, op. cit., p. 665.

[48] Per la sua percorribilità si vedano G. GAJA, "Alternative ai controlimiti", cit., p. 1044, e P. PALCHETTI, "Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In Search of a Way Out", in *QIL-Questions of International Law, Zoom out II (2014)*, p. 44 ss.

[49] Si vedano, anche gli per opportuni riferimenti alla prassi rilevante, L. CONDORELLI, "Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione", cit., p. 462, nota 13, e T. TREVES, op. cit., p. 664.

[50] Sentenza 15 luglio 1992 n. 329, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, p. 399, par. 6 della parte in diritto.

l'art. 24 Cost. della regola di diritto internazionale generale che riconosce l'immunità dall'esecuzione dei beni di Stati stranieri.

6. Conclusioni

In passato, l'atteggiamento dei giudici italiani rispetto alla ricezione di norme internazionali era parso ad alcuni commentatori prevalentemente improntato ad una apertura «formale e acritica» ai valori internazionali, a scapito invece di una attenzione effettiva verso i contenuti del processo di internazionalizzazione e di una reale considerazione «dei valori interni che debbano favorirne in una certa direzione la realizzazione»[51]. Rispetto a tale quadro, recenti pronunce del giudice ordinario e della Corte Costituzionale danno l'impressione di un mutamento di clima. L'apertura ai valori internazionalistici avviene in un quadro maggiormente dialettico in cui il giudice appare disposto a svolgere una azione di filtro rispetto alle norme che possono essere immesse nell'ordinamento interno. L'utilizzazione dei controlimiti costituisce forse il segno più evidente di questo nuovo atteggiamento.

È certamente vero che il ricorso ai controlimiti non deve necessariamente essere letto come una negazione dell'apertura internazionalistica della Costituzione. Apertura internazionalistica non significa assenza di filtri rispetto ai valori "esterni" che hanno accesso all'ordinamento italiano; l'operare di alcuni filtri può avere in ultima istanza effetti benefici anche per l'ordinamento internazionale nella misura in cui può servire a indirizzare i processi di formazione delle regole internazionali in una direzione maggiormente rispettosa di certi valori.

Sarebbe peraltro un errore considerare unitariamente l'effetto che l'operare dei controlimiti è destinato a produrre rispetto alle diverse categorie di norme internazionali. Da questo punto di vista, l'applicazione dei controlimiti in relazione alle norme di diritto internazionale generale richiede una cautela particolare. Non esiste un meccanismo di "recesso" dal diritto internazionale generale e anche la prospettiva di una modifica della regola internazionale generale attraverso la sentenza del giudice interno va presa con una buona dose di prudenza, se non di sano scetticismo. L'attivazione dei controlimiti, in questo contesto, rischia di porre lo Stato in una condizione di isolamento dal quale è difficile trovare una via di uscita.

Per questo motivo, la ricerca di alternative ai controlimiti, inclusa la

[51] P. PICONE, in *La Comunità internazionale*, 1998, p. 37.

possibilità di una "condivisione del costo" del rispetto del diritto internazionale attraverso l'imposizione allo Stato delle conseguenze altrimenti gravanti sull'individuo, appare più che mai importante quando è in gioco il rispetto del diritto internazionale generale. Altrettanto importante è che la Corte Costituzionale, quando attiva i controlimiti, si impegni a ridurre le conseguenze della sua decisione, precisando il più possibile, alla luce delle circostanze del caso concreto, a quali condizioni l'applicazione della norma internazionale generale potrebbe tornare ad essere considerata compatibile con i principi fondamentali della Costituzione. Ciò anche al fine di mettere gli organi del potere estero in condizione di meglio comprendere i margini di manovra a loro disposizione nel gestire le conseguenze derivanti dalla sentenza della Corte.

LE NORME PATTIZIE COME PARAMETRO NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE: PROFILI INTERNAZIONALISTICI

Paola IVALDI*

SOMMARIO: 1. I prodromi, per rapidi cenni: l'originario disegno costituzionale, la revisione del 2001, i *leading cases* del 2007. – 2. La prassi costituzionale a dodici anni dalle sentenze gemelle: la parametricità della Convenzione europea sui diritti umani (e di altre convenzioni in materia) e il vincolo alla giurisprudenza di Strasburgo. – 3. La trasposizione delle soluzioni fornite nei due *leading cases* in ambiti diversi da quello della tutela dei diritti umani: profili problematici. – 4. Riflessioni in tema di idoneità degli accordi in forma semplificata a integrare il parametro di cui all'art. 117, primo comma, Cost.

1. I prodromi, per rapidi cenni: l'originario disegno costituzionale, la revisione del 2001, i leading cases *del 2007*

Il dibattito relativo all'incidenza, sull'ordinamento interno, delle norme previste da trattati internazionali in vigore per l'Italia (e, in particolare, di quelle desumibili dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani, di seguito indicata anche con l'acronimo CEDU, e dai Protocolli ad essa relativi) ha ricevuto – come noto – un contributo essenziale a opera delle sentenze gemelle[1] n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale, veri e propri *leading cases* in materia[2]. In tali decisioni la Corte si è misurata infatti per la prima volta con il «nuovo» parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.[3], nella parte in cui tale disposizione si richiama ai «vincoli derivanti … dagli obblighi internazionali». Le conclusioni prospettate in tali sentenze sono state poi riprese da numerose decisioni successive, che – come verrà evidenziato nel prosie-

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Genova.

[1] Rivendica autorevolmente la qualificante matrice comune delle due sentenze G. SILVESTRI, "Osservazioni conclusive", in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, p. 3.

[2] Corte cost., sentt. 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349.

[3] Il riferimento è all'art. 117, primo comma, Cost., nella formulazione assunta a seguito dell'entrata in vigore della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, recante modifiche al Titolo V, Parte II, della Costituzione, in *Gazz. Uff.* n. 248 del 24 ottobre 2001.

guo – hanno offerto alla Corte l'opportunità di precisare e integrare la portata dei principi enunciati nei due precedenti.

Prima di soffermarsi, a ormai oltre un decennio dalla loro pronuncia, sulla giurisprudenza costituzionale che da tali decisioni ha preso avvio, non sembra superfluo ricordare – pur in rapida sintesi – l'assetto dei rapporti tra fonti interne e fonti internazionali di derivazione pattizia, delineatosi prima della riforma costituzionale del 2001[4]. In assenza, nell'originario disegno della nostra Carta, di una norma che offrisse esplicita "copertura costituzionale" ai trattati[5], si era affermato a livello giurisprudenziale il principio secondo cui questi ultimi, una volta "immessi" nell'ordinamento nazionale, erano destinati ad assumere in tale ambito la medesima forza formale dello strumento normativo che aveva provveduto a darvi esecuzione[6]. Con la conseguenza che, in caso di antinomie, *(i)* era innanzi tutto rimesso al giudice comune il compito di comporle in via interpretativa ricorrendo ai criteri cronologico e di specialità[7], mentre *(ii)* l'ordine di esecuzione formulato (come in genere av-

[4] Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3: *supra*, in nota 3.

[5] È infatti rimasta isolata la tesi (propugnata, in particolare, da R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, 4ª ed., Napoli, 1968, p. 64 ss.) secondo la quale i trattati internazionali avrebbero assunto un rango costituzionale (o comunque superiore) così da non poter essere abrogati o modificati da legge ordinaria in forza del principio del rispetto dei trattati (*pacta sunt servanda*), enunciato da una norma di diritto internazionale generale, in quanto tale recepita nel nostro ordinamento per il tramite dell'art. 10, primo comma, Cost. Come chiarito dalla Corte costituzionale, tuttavia, la stessa formulazione letterale dell'art. 10 Cost. non lascia spazio a una interpretazione nei termini prospettati dall'A., essendo la previsione costituzionale chiaramente limitata alle norme generali materiali, con esclusione pertanto dalla sua sfera di applicazione dei trattati e della norma generale *pacta sunt servanda*, in quanto meramente strumentale ai primi e non suscettibile di applicazione nell'ordinamento interno (in tal senso, Corte cost., sent. n. 323 del 1989).

[6] In proposito, *ex multis*, Corte cost., sentt. n. 188 del 1980, n. 15 del 1982, n. 323 del 1989, n. 338 del 1989, n. 315 del 1990, e n. 73 del 2001: «Le norme di diritto internazionale pattizio prive di un particolare fondamento costituzionale assumono… nell'ordinamento nazionale il valore conferito loro dalla forza dell'atto che ne dà esecuzione… Quando tale esecuzione è disposta per legge, il limite costituzionale vale nella sua interezza, alla stessa stregua di quanto accade con riguardo ad ogni altra legge. Sottoponendo a controllo di costituzionalità la legge di esecuzione del trattato, è possibile valutare la conformità alla Costituzione di quest'ultimo… e addivenire eventualmente alla dichiarazione d'incostituzionalità della legge di esecuzione, qualora essa immetta, e nella parte in cui immette, nell'ordinamento norme incompatibili con la Costituzione».

[7] Va ricordata almeno per inciso anche la teoria della "duplice volontà" elaborata da B. CONFORTI (da ultimo in *Diritto internazionale*, 11ª ed., (a cura di), M. Iovane, 2018, Napoli, p. 364), secondo cui «il trattato, una volta acquistata in qualsiasi modo validità formale all'interno dello Stato, finisce con l'essere sorretto nell'ambito dell'ordinamento interno da una duplice volontà normativa: da un lato la volontà che certi rapporti siano disciplinati così come li disciplina la norma internazionale, dall'altro la volontà che gli impegni assunti verso altri Stati siano rispettati. Occorre dunque, per far prevalere una

veniva e ancor oggi è per lo più prassi) con legge ordinaria poteva essere oggetto di sindacato costituzionale e dichiarato incostituzionale in quanto, e nella parte in cui, avesse immesso nell'ordinamento interno norme contrarie alla Costituzione[8].

Il principio della coincidenza del rango delle fonti pattizie oggetto di adattamento con quello dello strumento normativo nazionale impiegato per la loro trasposizione in ambito interno era parso tuttavia di problematica applicazione con riguardo a convenzioni internazionali, quali eminentemente la CEDU, che – gravitando nell'orbita della tutela dei diritti fondamentali – potevano considerarsi "integrative" di principi e valori protetti dalla stessa Costituzione. Costituiscono espressione di tale esigenza di discostarsi dal tradizionale principio richiamato non solo *(i)* la decisione, sia pur isolata, della Corte costituzionale, che ha definito le norme CEDU come fonti riconducibili a «una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria»[9], ma anche *(ii)* l'atteggiamento di non pochi giudici comuni (sia di merito, che di legittimità[10]) che hanno proceduto alla disapplicazione delle norme interne con esse contrastanti, estendendo (indebitamente) all'ambito in considerazione il meccanismo

legge posteriore, che entrambe le volontà siano annullate: occorre che la norma posteriore riveli non solo e non tanto la volontà di disciplinare in modo diverso gli stessi rapporti quanto quella di ripudiare gli impegni internazionali già contratti».

[8] In questo senso, *ex multis*, Corte cost., sent. n. 20 del 1966, secondo cui «allorché determinati trattati, resi esecutivi nelle debite forme, risultino in tutto o in parte lesivi di situazioni giuridiche tutelate dalla Costituzione, e sottratte quindi alla disciplina da parte del legislatore ordinario, spetta alla Corte costituzionale la competenza a conoscere della legittimità costituzionale delle norme immesse. Se altrimenti si pensasse, si costituirebbe nei riguardi delle leggi esecutive di trattati una situazione di privilegio rispetto alle altre leggi, perché esse verrebbero sottratte alla sanzione dell'annullamento, o rimarrebbero soggette alla disapplicazione da parte del giudice di merito; ad un trattamento cioè che il costituente ha voluto escludere per gli atti con forza di legge delle quali si contesti la costituzionalità». In senso analogo Corte cost., sentt. n. 54 del 1979, n. 132 del 1985, n. 210 del 1986, n. 128 del 1987 e n. 223 del 1996.

[9] Così Corte cost., sent. n. 10 del 1993, punto 2 *in diritto*. La via indicata in tale decisione costituiva una delle possibili soluzioni al problema che si poneva nei casi dai quali hanno tratto origine le sentenze gemelle; soluzione poi scartata proprio in considerazione «del peculiare meccanismo capace di far derivare l'atipicità dal contenuto di una legge, sulla base del pleonasmo "valore assiologico superiore", e non dal dato formale relativo al procedimento di formazione della stessa»: ancora G. SILVESTRI, "Osservazioni conclusive", cit., p. 2

[10] Al proposito, ad es., Cass., sez. I, 8 luglio 1998, n. 6672. Per l'analogo atteggiamento affermato dalle giurisdizioni amministrative, M. RAMAJOLI, "Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione", in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, p. 825 ss.

affinato – come noto – in relazione alla normativa dell'Unione europea direttamente applicabile da parte degli organi interni[11].

Rispetto alla situazione sommariamente delineata, un primo mutamento di prospettiva si è determinato a seguito della novella dell'art. 117, comma 1, Cost.[12], accolta inizialmente senza enfatizzarne eccessivamente la portata potenzialmente dirompente[13] (quanto meno *prima facie*, tale disposizione sembra imporre al legislatore il rispetto della generalità degli accordi internazionali, anche quelli conclusi in forma semplificata o dalle Regioni, a prescindere dalla verifica se siano state o meno adottate norme di adeguamento)[14]. Tale novella ha rischiato poi di essere espunta con la riforma costituzionale respinta dal *referendum* popolare del 2006.

È tuttavia soltanto a partire dalle sentenze gemelle del 2007 che la giurisprudenza costituzionale avvia una riflessione articolata sul "nuovo" parametro. In tali decisioni la Corte sottolinea infatti, anzitutto, che il

[11] In tema, ampiamente, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, *passim*.

[12] Tra i primi commentatori della novella costituzionale, *ex multis*, A. D'ATENA, "La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea", in *Rassegna parlamentare*, 2002, spec. pp. 915 e 923; M. LUCIANI, "Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001", Relazione al convegno su *Il nuovo Titolo V della Costituzione. Lo Stato delle autonomie* tenutosi a Roma il 19 dicembre 2001, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.; F. SORRENTINO, "Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 1355 ss.; G. GEMMA, "Rispetto dei trattati internazionali: un nuovo obbligo del legislatore statale", in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 605 ss.; P. CARETTI, "Il limite degli obblighi internazionali e comunitari per la legge dello Stato e delle Regioni", in *Stato, Regioni ed Enti locali*, Torino, 2003, spec. p. 57 ss.; G.F. FERRARI, G. PARODI, *Stato e Regioni di fronte al diritto comunitario e internazionale*, in *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive* a cura di G.F. Ferrari e G. Parodi, Padova, 2003, p. 429 ss.; G. ZICCARDI CAPALDO (a cura di), *Attuazione dei trattati internazionali e Costituzione italiana. Una riforma prioritaria dell'era della comunità globale*, Napoli, 2003, *passim*; E. CANNIZZARO, "La riforma 'federalista' della Costituzione e gli obblighi internazionali", in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 921 ss.; L.S. ROSSI, "Gli obblighi internazionali e comunitari nella riforma del titolo V della Costituzione", in *www.forumcostituzionale.it*.

[13] E anzi attuata dall'art. 1, comma 1, della l. 5 giugno 2003, n. 131 «Costituiscono vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, ai sensi dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, quelli derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, di cui all'articolo 10 della Costituzione, da accordi di reciproca limitazione della sovranità, di cui all'articolo 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali».

[14] *Infra*, par. 4.

primo comma dell'art. 117, lungi dal riproporre, sotto diversa formulazione, norme già presenti nel testo costituzionale (in particolare, gli artt. 10[15] e 11[16]), *(i)* ha colmato un'originaria lacuna «strutturale» di tale testo, offrendo – in linea con quanto avviene in altri Paesi europei – una specifica «copertura costituzionale» ai trattati internazionali[17]. In tale prospettiva, l'art. 117, primo comma, nella sua versione attuale – pur sancendo la peculiare forza passiva delle norme che traggono origine dalla CEDU, rispetto alle norme interne ad esse successive – *(ii)* non svolge la funzione di norma *di* adattamento operante con riguardo ai trattati[18]: al contrario, non si traggono dalle sentenze in esame elementi che inducano a ritenere superate o superflue le tecniche fino ad oggi affinate dalla prassi in vista di garantire l'operatività, in ambito statale, della disciplina prevista in accordi internazionali. In caso di contrasto tra norme CEDU (così come interpretate dalla Corte europea dei diritti umani, in seguito anche Corte EDU o Corte di Strasburgo)[19] e norme in-

[15] Relativamente all'art. 10 Cost., la Corte osserva che, nelle fattispecie portate alla sua attenzione, non ne ricorrono i presupposti applicativi (così nella sent. n. 348, punto 4.4. *in diritto*): da un lato, infatti, l'art. 10, primo comma, Cost. potrebbe assumere rilievo con riferimento a disposizioni contenute nella CEDU soltanto allorché esse risultassero meramente riproduttive di principi o norme di diritto consuetudinario; dall'altro lato, il richiamo all'art. 10, secondo comma, Cost., potrebbe risultare conferente limitatamente alle ipotesi nelle quali vi fosse coincidenza tra le disposizioni previste dalla CEDU e quelle contemplate dalle convenzioni in tema di trattamento dello straniero.

[16] Nelle sentenze gemelle, d'altra parte, si sottolinea come il richiamo all'art. 11 Cost. non sarebbe pertinente con riguardo alla CEDU in quanto lo Stato italiano ha provveduto ad eseguire sul piano interno le norme previste dalla Convenzione del 1950 senza accettare, neppure implicitamente, una limitazione di sovranità analoga a quella cui ha acconsentito, in conformità a tale parametro costituzionale, al momento dell'adesione al Trattato istitutivo della Comunità europea. In tali decisioni viene anche contestata la tesi secondo cui sarebbe ipotizzabile un rilievo in via indiretta del parametro di cui all'art. 11 Cost., attraverso la qualificazione dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU alla stregua di «principi generali» dell'allora diritto comunitario (oggi diritto UE).

[17] Sent. n. 349, punto 6.2. *in diritto*. Sul tema, per tutti, G.G. FLORIDIA, *"Diritto interno e diritto internazionale: profili storico-comparativistici", in Diritto pubblico comparato ed europeo,* 2002, p. 1340 ss.

[18] Il primo comma dell'art. 117 *non* si presta ad essere considerato alla stregua di una norma *di* adattamento in riferimento ai trattati, in quanto tale produttiva di effetti analoghi a quelli spiegati dall'art. 10, primo comma, Cost. con riguardo alle norme consuetudinarie. Come ha precisato la Corte, infatti, la "copertura costituzionale" offerta ai trattati a seguito della riforma costituzionale del 2001 «non significa, beninteso, che con l'art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento» (Corte cost., sent. n. 349/2007, punto 6.2., *in diritto*). In passato rango costituzionale a …

[19] Alla Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) spetta il «responso finale» in ordine al significato da attribuire alle norme CEDU, allo scopo di garantirne la «definitiva uniformità di applicazione» nei diversi ambiti nazionali nei quali tale Convenzione è in vigore (sentenza n. 349, punto 6.2. *in diritto*). Alla Corte EDU, infatti, viene ricono-

terne, dimostratosi «irriducibile» in quanto «resistente» al tentativo del giudice comune di porvi rimedio mediante un'interpretazione «convenzionalmente orientata» delle disposizioni nazionali, viene così sancito *(iii)* l'obbligo, per giudice comune, di sottoporre la questione al vaglio del Giudice delle leggi[20] che – se del caso – utilizzerà la CEDU, a norma del primo comma dell'art. 117 Cost., alla stregua di parametro interposto nel giudizio di costituzionalità[21]. In ragione della propria struttura, infatti, *(iv)* il parametro contemplato dal primo comma dell'art. 117 è destinato a divenire operativo soltanto mediante richiamo alle disposizioni che, di volta in volta, definiscono la portata attuale e concreta degli obblighi derivanti dagli accordi internazionali in vigore nel nostro ordinamento[22].

Nella prospettiva di questo contributo, tuttavia, le sentenze gemelle rappresentano solo un punto di partenza per ragionare – a dodici anni dalla loro pronuncia – sulla parametricità delle norme pattizie (anche diverse dalla CEDU), evidenziando *(i)* l'apporto della giurisprudenza successiva, ma anche *(ii)* le questioni ancora irrisolte.

2. La prassi costituzionale a dodici anni dalle sentenze gemelle: la parametricità della Convenzione europea sui diritti umani (e di altre convenzioni in materia) e il vincolo alla giurisprudenza di Strasburgo

Nella sua giurisprudenza successiva ai due *leading cases* del 2007, la Corte costituzionale ha innanzi tutto confermato – in termini generali – il proprio ruolo di *garante* della «legalità convenzionale» delle norme interne. Nel giudizio incidentale promosso in presenza di un contrasto tra norme pattizie e norme interne dimostratosi «irriducibile» in quanto «re-

sciuta dagli Stati una «funzione interpretativa eminente», in vista di precisare gli obblighi loro facenti carico, in quanto Parti contraenti della CEDU (sent. n. 348, punto 4.6. *in diritto*).

[20] Escludendo, al contempo, la possibilità di disapplicazione del diritto interno incompatibile con la norma CEDU: neppure la sopravvenuta copertura costituzionale consentirebbe infatti di qualificare il "sistema CEDU" (pur provvisto di un proprio organo giurisdizionale: s*upra*, nel testo e alle note 16 e 19) alla stregua di ordinamento sovraordinato di natura speciale.

[21] Sentenza n. 348, punto 4.5. *in diritto*: la struttura della disposizione costituzionale in questione, come evidenziato dalla stessa Corte costituzionale nella sent. n. 348 del 2007, si presenta del tutto simile a quella di altre disposizioni costituzionali che «sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere». In termini analoghi anche la sent. n. 349, punto 6.2. *in diritto.*

[22] Così la sent. n. 349, ancora punto 6.2. *in diritto*.

sistente» al tentativo del giudice comune di porvi rimedio mediante un'interpretazione «convenzionalmente orientata» delle disposizioni nazionali, spetta infatti alla Corte «ricondurre la norma impugnata alla legalità convenzionale, … per la parte in cui essa si è allontanata dall'osservanza della norma interposta, e quindi anche dell'art. 117, primo comma, Cost.»[23].

Il contributo più significativo di tale giurisprudenza anche dal punto di vista quantitativo (si contano più di 230 decisioni pronunciate al riguardo negli ultimi dodici anni[24]) è tuttavia maturato in relazione a casi nei quali, a titolo di parametro interposto, assumevano rilievo la CEDU o altre convenzioni su diritti umani[25]. In tali occasioni la Corte non ha mancato di ribadire il ruolo assegnato, in prima battuta, ai giudici comuni in ordine all'interpretazione e applicazione di tali convenzioni e, in particolare, della CEDU: ruolo che – a garanzia dell'osservanza degli obblighi internazionali – ad essi *(i)* compete sempre e non soltanto nei casi «che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo» in quanto *(ii)* «incontra il solo limite costituito dalla presenza di una normativa nazionale di contenuto contrario alla CEDU»[26].

[23] Corte cost., sent. n. 184 del 2015, punto 5 *in diritto*.

[24] Alcune pronunce di tale periodo vengono anch'esse ricordate come veri e propri *leading cases*: si pensi, ad esempio, alle sentt. n. 311 e 317 del 2009, n. 113 del 2011.

[25] Oltre alla CEDU e ai suoi Protocolli, utilizzate alla stregua di parametro interposto in misura assolutamente prevalente, le altre fonti pattizie sui diritti fondamentali di cui la Corte costituzionale ha affermato la parametricità sono la Carta sociale europea (Corte cost., sentt. n. 120 e n. 194 del 2018), la Convenzione di New York del 1989 sui diritti dei fanciulli (Corte cost., sent. n. 7 del 2013), la Convenzione delle Nazioni Unite del 2006 sulle persone con disabilità (Corte cost., sent. n. 236 del 2012, in relazione alla legge della Regione Puglia in tema di prestazione sanitarie). In altri casi il profilo non è stato scrutinato, come nel caso di Corte cost., sent. n. 286 del 2016, in relazione alla Convenzione di New York il 18 dicembre 1979 sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, o delle sentt. n. 139 del 2010, n. 63 del 2016 e n. 31 del 2017, in relazione al Patto del 1966 sui diritti civili e politici.

[26] Corte cost., sent. n. 68 del 2017, punto 7 *in diritto*: come si avrà modo di osservare *infra*, in questo stesso par., è parimenti da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo. Al contrario, «[l]'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri» (sentenze n. 49 del 2015 e n. 349 del 2007). Il dovere di questi ultimi di evitare violazioni della CEDU li obbliga ad applicarne le norme, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo (sentenze n. 276 e n. 36 del 2016). In tale attività interpretativa, che gli compete istituzionalmente ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune incontra il solo limite costituito dalla presenza di una normativa nazionale di contenuto contrario alla CEDU. In tale caso, la disposizione interna va impugnata innanzi a questa Corte per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., ove non sia in alcun modo interpretabile in senso convenzionalmente orientato

Soltanto in tali ultime circostanze sorge infatti per il giudice – in puntuale aderenza all'insegnamento dei due *leading cases*, sempre ampiamente richiamati – l'obbligo di censurare dinanzi alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. la disposizione interna insuscettibile di interpretazione convenzionalmente orientata. Se, al contrario, si profila la possibilità di comporre l'antinomia in via interpretativa, il giudice comune è invece tenuto senz'altro a percorrerla, eventualmente procedendo a «sviluppare» i principi enunciati dalla disposizione convenzionale, per decidere se essi possano operare anche con riguardo alla fattispecie portata alla sua attenzione, sulla quale la Corte europea dei diritti umani (in seguito, anche Corte EDU) non abbia avuto ancora occasione di pronunciarsi[27].

È tuttavia con riferimento all'ipotesi opposta, nella quale la Corte europea abbia invece già affrontato la questione interpretativa prospettata dinanzi ai nostri giudici, che la giurisprudenza costituzionale è intervenuta negli ultimi anni con alcune pronunce che hanno suscitato un acceso dibattito. L'orientamento con il quale la Corte costituzionale – rifuggendo posizioni acriticamente ossequiose al principio dell'interpretazione conforme del diritto interno alla CEDU, secondo il significato ad essa attribuito a Strasburgo (principio al quale ci si potrebbe sottrarre solo dubitando della costituzionalità del parametro interposto) – ha inteso affrancare il giudice interno da indirizzi giurisprudenziali non ancora assestati affermati dalla Corte EDU non costituisce in realtà una novità delle sue decisioni post-sentenze gemelle.

Già in diversi passaggi dei due *leading cases* del 2007 era stato infatti escluso, in via di principio, il carattere «incondizionatamente» vincolante delle pronunce rese a Strasburgo. Nella sentenza n. 348[28], per esempio, si afferma che il vincolo alla giurisprudenza europea opera soltanto quando non siano identificabili interessi di rango costituzionale *(i)* protetti per il tramite di previsioni normative di contenuto in tutto o in parte incompatibile con tale giurisprudenza e *(ii)* meritevoli – in sede di

(sentenza n. 239 del 2009). Nel caso di specie, pertanto, non è risolutiva la circostanza che la Corte di Strasburgo, con la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, abbia applicato l'art. 7 della CEDU alle sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive previste in materia di abuso di informazioni privilegiate, senza occuparsi della confisca per equivalente, che non era oggetto di quel contenzioso. L'interprete nazionale è infatti tenuto a sviluppare i principi enunciati sulla base dell'art. 7 della CEDU per decidere se valgano anche con riferimento alla confisca di valore, e, come si è visto, la risposta al quesito deve essere affermativa». Negli stessi termini, oltre alla sentenza "gemella" n. 349 del 2007, anche Corte cost., sent. n. 49 del 2019.

[27] Ancora Corte cost., sent. n. 68 del 2017, punto 7. *in diritto.*

[28] Sent. n. 348, punto 4.7. *in diritto.*

bilanciamento – di maggior tutela rispetto a quelli fondati sulla Convenzione[29]. Ma non soltanto. Come precisato nella sentenza n. 349, nel «giudizio di compatibilità costituzionale» delle norme CEDU la nostra Corte è anche tenuta a verificare che tali norme, nell'interpretazione loro offerta dalla giurisprudenza europea, apprestino alle posizioni giuridiche individuali volta a volta in considerazione una tutela «almeno equivalente» a quella garantita dalla nostra Costituzione[30].

In tale prospettiva, la giurisprudenza costituzionale dell'ultimo decennio si è dunque misurata, piuttosto, con la difficoltà di precisare condizioni e limiti di tale vincolo per il giudice comune, il che è avvenuto enunciando principi e criteri non sempre convincenti. Ad avviso della Corte costituzionale ricorre un obbligo stringente di conformità all'interpretazione resa a Strasburgo solo se *(i)* attestata da una giurisprudenza consolidata, che abbia raggiunto un «approdo stabile»[31], *ovvero (ii)* desumibile da una sentenza «in senso stretto» "pilota" (così, testualmente, nella sentenza n. 49 del 2015)[32].

Con riguardo a quest'ultima affermazione, non è immediatamente intuitivo il motivo per cui le sentenze "pilota" vengano equiparate – nel loro effetto vincolante sul piano interpretativo – alla giurisprudenza consolidata. È noto infatti che tali sentenze – più che riflettere un orientamento "definitivo" della Corte di Strasburgo – sono pronunciate in presenza di un difetto strutturale dell'ordinamento giuridico, ovvero di prassi comunque consolidatesi al suo interno, da cui scaturiscono violazioni ripetute o sistematiche della CEDU[33]. Ma le perplessità maggiori hanno riguardato il tentativo della Corte costituzionale di chiarire la portata del vincolo fornendo tra l'altro alcuni criteri cui riportarsi per accertare il carattere assestato o meno di una certa prassi formatasi a livello europeo.

Si è così esclusa, in termini generali e di principio, la natura vinco-

[29] Un esempio di applicazione di tale «schema», in sede di verifica di compatibilità tra la norma CEDU, così come interpretata dalla giurisprudenza di Strasburgo, e il nostro sistema costituzionale, può rintracciarsi nella sent. Corte cost. n. 39 del 2008.

[30] Sent. n. 349, parte finale del punto 6.2 *in diritto.* Sul punto M. CARTABIA, "Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 3571 ss.

[31] Corte cost., sent. n. 120 del 2018. Sul requisito del carattere "consolidato" della giurisprudenza EDU, già Corte cost., sentt. n. 80 del 2011, n. 49 del 2015, n. 200 del 2016 e n. 25 del 2019; in dottrina, G. PARODI, "Le sentenze della Corte EDU come fonte di diritto. La giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, p. 1753 ss.

[32] Corte cost., sent. n. 49 del 2015 (*cit*. alla nota precedente), punto 7. *in diritto.*

[33] Si considerino, ad esempio, le precisazioni della Corte EDU in ordine alla «binding nature and interpretative authority» delle proprie decisioni (ECHR, Applications 1828/06 *et al.,* 28 June 2018, *G.I.E.M. S.r.l. and Others* v. *Italy*).

lante per il giudice nazionale dei precedenti che non consentono «di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto»[34]. In tali circostanze, ricorda la Corte, «il dubbio circa la compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione è sufficiente perché il giudice nazionale escluda quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale»[35]. Ma vi è di più. La Corte indica altresì in via esemplificativa cinque indizi essenzialmente formali, ciascuno di essi anche singolarmente rivelatore – secondo quanto precisato nella sentenza n. 49 del 2015 – della natura ancora oscillante di un certo indirizzo interpretativo espresso dalla Corte EDU nelle proprie decisioni[36].

È ben noto che la giurisprudenza costituzionale successiva alla sentenza appena richiamata, anziché valorizzarne il contributo sul punto specifico, è sembrata porsi nel solco di alcune decisioni più risalenti – *in primis* la sentenza n. 264 del 2012 – che escludevano qualsiasi automatismo (o utilizzo di indici formali) per enfatizzare piuttosto il delicato compito di contestualizzazione e bilanciamento necessariamente affidato al giudice nazionale[37]. Di questo più convincente indirizzo è certamente espressiva, da ultimo, la sentenza n. 25 del 2019[38].

[34] Corte cost., sent. n. 49 del 2015, con un rinvio sul punto alla precedente sent. n. 236 del 2011.

[35] Così, testualmente, Corte cost., sent. n. 49 del 2015.

[36] Si legge nella sent. n. 49 che tali «indici», idonei «ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento», sono – ad esempio – «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano» (punto 7., *in diritto*).

[37] In ogni caso poi vi è obbligo per il giudice nazionale di adeguarsi alla "sostanza" di tali decisioni: il giudice nazionale, attraverso un approccio volto alla contestualizzazione delle pronunce rese *case-by-case* dalla Corte di Strasburgo, ha la possibilità di trarvi – con metodo induttivo – un principio, una regola o, in ultima ipotesi, un indirizzo in grado di far nascere un vincolo: così Corte cost., sent. n. 311 del 2009.

[38] L'orientamento accolto nella sent. n. 25 del 2019 appare convincente, al netto delle affermazioni sul «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU» in essa rinvenibili: P. MORI, "Il 'predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU: Corte

Per quanto attiene al proprio specifico ruolo la Corte costituzionale rivendica un «margine di apprezzamento e di adeguamento» della giurisprudenza europea per tener conto delle peculiarità del nostro ordinamento nazionale[39], che eventualmente imporrà di bilanciare, secondo una logica sistemica e non frazionata, il diritto riconosciuto dalla Corte EDU con altri diritti fondamentali, garantiti dalla nostra Carta[40]. Tale valutazione, *(i)* correlata al «margine di apprezzamento» che – a norma della Convenzione – spetta agli Stati che ne sono Parti[41], dev'essere infine – come espressamente sottolineato dalla Corte – *(ii)* funzionale alla «massima espansione delle garanzie» nel raffronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali[42].

3. La trasposizione delle soluzioni fornite nei due leading cases *in ambiti diversi da quello della tutela dei diritti umani: profili problematici*

Si è già avuto occasione di sottolineare che, anche successivamente alle sentenze gemelle, la Corte costituzionale ha per lo più avuto occasione di affermare (ovvero di considerare in linea astratta) la parametricità di fonti pattizie sui diritti umani[43]. È del tutto esigua, infatti, la prassi formatasi negli ultimi dodici anni in merito al rilievo, alla stregua di parametro interposto, di convenzioni in materie diverse da quella appena indicata.

Ci si è interrogati sulle ragioni di tale scarsità dell'apporto giurisprudenziale. Una motivazione convincente, ma probabilmente non esaustiva[44], è da rintracciare nell'insufficiente «confidenza» – da parte di

costituzionale 49/2015 ovvero della 'normalizzazione' dei rapporti tra diritto interno e la CEDU", disponibile all'indirizzo www.sidiblog.org . Per un'ampia disamina del contributo di tale decisione si rinvia a P. ROSSI, "La rilevanza per il giudice nazionale della giurisprudenza "consolidata" della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *questo volume*, p. __ ss. e, in particolare, a quanto l'A. osserva in merito al "*taking into account approach*".

[39] *Ex multis*, Corte cost., sentt. n. 317 del 2009; n. 236 del 2011; n. 193 del 2016.

[40] Ancora Corte cost., sent. n. 317 del 2009, *cit.* alla nota precedente, nonché le successive sentt. n. 264 del 2012, n. 191 del 2014, n. 269 del 2017, n. 272 del 2017.

[41] Così, da ultimo, Corte cost., sent. n. 25 del 2019, peraltro nel solco delle precedenti sentt. n. 193 del 2016, n. 15 del 2012 e sent. n. 317 del 2009.

[42] Oltre alla più volte richiamata Corte cost., sent. n. 317 del 2009, le successive e sul punto conformi sentt. n. 264 del 2012, n. 85 del 2013, n. 191 del 2014, n. 49 del 2015.

[43] *Supra*, par. 2, nel testo e alla nota 25.

[44] Gioca un ruolo pure la convinzione, probabilmente assai diffusa anche tra i giudici comuni, che i trattati non siano tutti "uguali": *infra*, par. 3, nel testo e alle note 64 e 65.

giudici comuni, avvocati e parti in giudizio – verso le fonti «esterne» rispetto al nostro ordinamento[45], capace di ingenerare per lo più un senso di «smarrimento» negli operatori del diritto[46]. Tale atteggiamento si riscontrerebbe con riguardo ai trattati, ad eccezione di alcuni soltanto: per l'appunto, la CEDU e un novero assai circoscritto di altre convenzioni internazionali (come quelle ONU sui diritti della persona[47]). Ne sarebbe espressione, per limitarsi a un caso recente, la mancata considerazione della Convenzione di Ramsar del 1971 sulle zone umide di importanza internazionale in un caso nel quale, pur presentando la normativa regionale impugnata evidenti problemi di compatibilità con tale disciplina, è stato invece ipotizzato unicamente – per quanto riguarda il diritto pattizio – il contrasto con l'art. 6 CEDU[48].

L'esame delle poche decisioni nelle quali sono stati portati a parametro interposto trattati diversi da quelli considerati nel paragrafo precedente non offre tuttavia spunti sufficienti per verificare l'effettiva trasponibilità e compiuta adeguatezza delle soluzioni offerte dalle sentenze gemelle in ambiti esterni al perimetro dei diritti della persona. Nel caso dell'Accordo di Ginevra del 1957 relativo al trasporto internazionale su strada di merci pericolose (*ADR*)[49], per esempio, la Corte costituzionale ha concluso per la non fondatezza della questione di legittimità sottopostale, in presenza di una disciplina nazionale (il codice della strada) compatibile con quella posta dalla fonte di diritto pattizio e complementare rispetto a quest'ultima. In tali circostanze, tuttavia, non vi è stata l'opportunità di svolgere alcuna considerazione in merito *(i)* al ruolo del giudice comune in vista di prevenire – attraverso opportune tecniche interpretative[50] – la remissione alla Corte, ovvero *(ii)* alle peculiarità del

[45] G. PALMISANO, "Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni aperte a dieci anni dalle sentenze 'gemelle'", in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, p. 10, nel testo e in nota 23.

[46] N. COLACINO, "Costituzione e Carte europee dei diritti nel recente orientamento del giudice delle leggi: supremazia assiologica o primato funzionale", in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, p. 13. Sul ruolo degli avvocati a fronte dei trattati internazionali, ancora da ultimo, V. SCIARABBA, "Metodi di tutela dei diritti fondamentali tra fonti e corti nazionali ed europee: uno schema cartesiano nella prospettiva dell'avvocato", in www.giuricost.org (23 aprile 2019).

[47] Per esempio, la Convenzione del 2006 sulle persone con disabilità (Corte cost., sent. n. 236 del 2012 sulla legge Regione Puglia in tema di prestazione sanitarie), o la Convenzione del 1989 sui diritti dei fanciulli (Corte cost., sent. n. 7 del 2013).

[48] Corte cost., sent. n. 308 del 2013.

[49] Corte cost., sent. n. 118 del 2011.

[50] Non solo il ricorso a un'interpretazione convenzionalmente orientata, ma anche – eventualmente – ad altre tecniche di composizione dell'antinomia, nella fattispecie per l'appunto esclusa. Su tali tecniche, ampiamente, E. LAMARQUE, "Regolare le antinomie

giudizio costituzionale, allorché un trattato è destinato a operare in tale ambito alla stregua di parametro interposto. Si tratta di un dato rinvenibile anche nelle ulteriori, scarse pronunce nelle quali si è posto il problema della parametricità di convenzioni relative a materie diverse da quella dei diritti fondamentali[51]: in nessuna di esse si colgono infatti spunti rilevanti per un chiarimento sulle questioni appena evocate[52].

Nella riflessione giuridica si è andata tuttavia affermando l'opinione secondo cui il ragionamento sviluppato dalla Corte costituzionale nelle

tra norme pattizie e norme di legge: il giudice comune tra interpretazione conforme, criterio di specialità e criterio cronologico", in *questo volume*, p. 113 ss.

[51] In qualche caso è stata invece esclusa in radice l'idoneità dello strumento richiamato a costituire fonte di vincoli internazionali (a norma dell'art. 117, primo comma, Cost.): in riferimento alla Carta europea dell'autonomia locale, si è pronunciata la Corte cost., sentt. n. 325 del 2010 e n. 50 del 2015; in quest'ultima decisione, viene altresì precisato che anche a «prescindere dalla natura di documento di mero indirizzo della suddetta Carta europea, che lascia ferme "le competenze di base delle collettività locali ... stabilite dalla Costituzione o della legge", come riconosciuto nella sentenza di questa Corte n. 325 del 2010, al fine, appunto, di escludere l'idoneità delle disposizioni della Carta stessa ad attivare la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., è comunque decisivo il rilievo che l'espressione usata dalla norma sovranazionale, nel richiedere che i membri delle assemblee siano "freely elected", ha, sì, un rilievo centrale quale garanzia della democraticità del sistema delle autonomie locali, ma va intesa nel senso sostanziale della esigenza di una effettiva rappresentatività dell'organo rispetto alle comunità interessate».

[52] Corte cost., sentt. n. 124 del 2010, n. 85 del 2012, n. 156 del 2016 e n. 14 del 2018, in relazione al Protocollo di Kyoto del 1997 alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico-*UNFCC*; sentt. n. 165 del 2009 e n. 227 del 2011 sulla Convenzione di Berna del 1979 sulla conservazione della vita selvatica e dell'ambiente naturale in Europa. Non offrono, a maggior ragione, l'occasione per considerazioni generali in tema di parametricità dei trattati le decisioni nelle quali la questione della compatibilità con questi ultimi, pur prospettata dal remittente, *(i)* non è stata scrutinata (sent. n. 286 del 2016, in relazione alla Convenzione di New York il 18 dicembre 1979 sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna; sentt. n. 139 del 2010, n. 63 del 2016 e n. 31 del 2017, con riferimento al Patto del 1966 sui diritti civili e politici), ovvero *(ii)* è stata ritenuta inammissibile (ordd. n. 32, n. 64, n. 84 e n. 144 del 2011, in merito al Protocollo addizionale del 2000 alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico illecito di migranti). La stessa conclusione vale, infine, per le pronunce nelle quali il richiamo alle fonti internazionali *(iii)* è risultato inconferente (ord. n. 32 del 2011, in riferimento alla Convenzione OIL n. 143 del 1975 sui lavoratori migranti) ovvero – trattandosi di accordo non ratificato dall'Italia – *(iv)* è stata esclusa a priori la sua inidoneità a operare alla stregua di norma interposta (sent. n. 194 del 2018, con riguardo alla Convenzione OIL n. 158 del 1982 sul licenziamento), come pure per quelle ove *(v)* il riferimento a tali fonti è avvenuto soltanto *ad abundantiam*: *inter alia*, sent. n. 84 del 2015, in relazione al Protocollo di Londra del 1996 alla Convenzione del 1972 sulla prevenzione dell'inquinamento dei mari causato dall'immersione di rifiuti e il Protocollo sul *dumping* alla Convenzione di Barcellona del 1979 sulla salvaguardia del mar Mediterraneo dall'inquinamento; sentt. n. 236 del 2011 e n. 63 del 2019; ord. n. 117 del 2019, in riferimento al già richiamato Patto del 1996 sui diritti civili e politici.

sentenze gemelle risulterebbe – in certa misura almeno – specificamente ritagliato sulla CEDU (o, per lo più, sulle altre convenzioni a tutela dei diritti della persona[53]), in ragione dell'«impronta marcatamente costituzionale»[54] che le caratterizza, giustificando il dubbio che l'iter delineato sia trasponibile ai «*normali* accordi internazionali»[55] soltanto previe opportune precisazioni, se non veri e propri adattamenti.

È innegabile, ad esempio, che l'esigenza di una definizione in sede accentrata del conflitto fra trattato e norma interna sia avvertita con particolare intensità quando si controverta sui diritti della persona e sia stato inutilmente esperito il tentativo (necessariamente antecedente rispetto alla decisione di sollevare una questione incidentale)[56] di composizione dell'antinomia attraverso la ricerca di un significato «convenzionalmente conforme» della disposizione posta dal legislatore nazionale[57]. Se questo è il chiaro insegnamento delle sentenze gemelle, occorre chiedersi *(i)* se vi sia ancora spazio per il ricorso anche ad altre tecniche interpretative idonee a garantire – ad esempio – la prevalenza, a "genuino" titolo di specialità[58],

[53] È la stessa Corte costituzionale a rimarcare gli «spiccati elementi di specialità» di alcuni trattati. Con riferimento alla Carta sociale europea, la Corte sottolinea ad esempio che tale strumento «presenta spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali, elementi che la collegano alla CEDU» (Corte cost., sent. n. 120 del 2018, punto 10.1 *in diritto*).

[54] L'evocativa espressione, tratta da Corte cost., sent. n. 269 del 2017, è stata in realtà in quel caso utilizzata in riferimento alla Carta UE dei diritti fondamentali.

[55] Corte cost., sent. n. 120 del 2018, punto 10.1 *in diritto* (enfasi aggiunta): con riferimento alla Carta sociale europea, la Corte costituzionale sottolinea infatti che tale strumento «presenta spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali, elementi che la collegano alla CEDU».

[56] In mancanza del tentativo di superamento dell'antinomia, l'eventuale giudizio di legittimità promosso dal giudice comune dovrebbe concludersi con una pronuncia di manifesta inammissibilità, per omessa sperimentazione dell'adeguamento interpretativo.

[57] La Corte costituzionale opera un esplicito riferimento al principio in parola nell'ambito della sentenza n. 349 del 2007, laddove precisa che «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme»: così al punto 6.2. *in diritto*.

[58] Diversa sarebbe invece la conclusione se, invocando un principio (di specialità *sui generis*) fondato sulla *(i)* volontà dello Stato di rispettare gli obblighi internazionale e sulla *(ii)* correlata presunzione di conformità del diritto interno ai trattati per il medesimo in vigore, si legittimassero in realtà fenomeni di disapplicazione della norma nazionale resistente ad un "genuino" tentativo di interpretazione adeguatrice, in palese contrasto con l'insegnamento delle sentenze gemelle. In merito al criterio cronologico, non sembra giustificato considerare del tutto e a priori precluso al giudice comune l'accertamento dell'intervenuta abrogazione di una legge, ad opera della normativa di origine pattizia successivamente entrata in vigore nel nostro ordinamento. Tale soluzione – del resto – non solo *(i)* non è esplicitamente esclusa dalla Corte cost., sent. n. 39 del 2008 (che pure ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di disposizioni interne, antecedenti rispetto alle disposizioni (di attuazione della) CEDU, per violazione degli artt. 117, primo comma, e

della fonte esterna, senza necessariamente investire della questione la Corte costituzionale[59]. La risposta positiva al quesito – non esclusa nei *leading cases* del 2007 e di particolare rilievo (se si analizza la prassi)[60] in riferimento ai trattati in materie diverse da quelli sui diritti della persona – sembra trovare riscontro in pronunce costituzionali anche recenti, che sollecitano il giudice comune a un'«adeguata valorizzazione dei poteri interpretativi che la legge gli riconosce», attraverso l'«esplorazione delle varie praticabili soluzioni ermeneutiche»[61].

Ma gli interrogativi non si fermano qui. Occorre pure domandarsi, infatti, *(ii)* se sia «razionale» prescrivere la rimessione alla Corte – a norma dell'art. 117, primo comma, Cost. – in presenza di un qualsiasi conflitto tra disposizione nazionale e fonte esterna, senza accordare alcun rilievo ai valori in gioco e – per così dire – alla «profondità» dell'antinomia volta a volta ravvisata[62]. Se si muove dalla convinzione – che la giurisprudenza sembra condividere ampiamente[63] – secondo cui i trattati non sono tutti uguali[64], si può dubitare della parametricità di un

3, Cost.), ma risulta altresì *(ii)* non implausibile alla luce dell'espresso richiamo, operato dalla Corte in una delle sentenze gemelle, al proprio precedente, consolidato orientamento in ordine al rango formalmente legislativo delle norme di adattamento alle convenzioni internazionali (così Corte cost., sent. n. 349 del 2009, punto 6.1.1. *in diritto*). In senso critico rispetto alla sent. n. 39 del 2008 R. MASTROIANNI, "La sentenza della Corte cost. n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra leggi ordinarie e CEDU: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?", in www.forumquadernicostituzionali.it .

[59] Così, da subito, E. CANNIZZARO, "Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale", in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 140. Diversa questione è, invece, quella posta da V. SCIARABBA, "Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 3586, che si è chiesto se il giudice comune, senza investire della questione la Corte costituzionale, possa *non applicare* le norme di adattamento a un trattato quando reputi che la norma nazionale con esse contrastante sia l'*unica* sicuramente conforme a Costituzione.

[60] E. LAMARQUE, "Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune", in *Corte Costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano, 2010, p. 97 ss.; I. CARLOTTO, "I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale", in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

[61] Corte cost., sent. n. 219 del 2016, punto 4.3 *in diritto*. Negli stessi termini, sentt. n. 221 e n. 262 del 2015, n. 109 del 2017.

[62] L. CONDORELLI, "La Corte Costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 301 ss.

[63] *Supra* in questo stesso paragrafo, nel testo e in nota 44.

[64] C. PINELLI, "L'approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i trattati sono tutti uguali?", in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, *passim*.

accordo in ragione del suo contenuto (in quanto di «infimo valore assiologico»[65]), o delle modalità di stipulazione (perché concluso in forma semplificata)? È noto che, dal punto di vista del diritto internazionale, il tipo di procedura – solenne o semplificata – utilizzata per la stipulazione di un trattato non si riflette sul "grado" di vincolatività delle sue disposizioni[66]. Nella prospettiva del diritto interno, tuttavia, la questione è assai meno univoca: ad alcune riflessioni sul tema è pertanto dedicato il paragrafo seguente, a conclusione del presente contributo.

4. Riflessioni in tema di idoneità degli accordi in forma semplificata a integrare il parametro di cui all'art. 117, primo comma, Cost.

La questione evocata in chiusura del precedente paragrafo muove da un interrogativo di fondo, che potrebbe essere così sintetizzato: costituiscono oggetto del rinvio agli obblighi internazionali, disposto dall'art. 117, primo comma, Cost., *tutti* i trattati internazionali in vigore per l'Italia (come sembrerebbe suggerire l'interpretazione letterale della disposizione in esame), ovvero *soltanto* quelli che, oltre a vincolare il nostro Paese sul piano delle relazioni internazionali, abbiano ricevuto attuazione nell'ordinamento interno, mediante idonee misure di adeguamento (*pacta recepta*)?

La prima tesi, che si potrebbe definire "massimalista", include tra gli obblighi internazionali di cui al primo comma dell'art. 117 tutti i trattati, compresi dunque gli accordi stipulati in forma semplificata, a prescindere dal loro recepimento in ambito nazionale. Si tratta tuttavia di un'opzione interpretativa che può apparire eccessiva, quanto meno nelle ipotesi nelle quali essa non sembra accordarsi sistematicamente con l'art. 80 Cost. Quest'ultima disposizione costituzionale, infatti, prescrivendo l'adozione della legge di autorizzazione alla ratifica dei trattati che prevedono modificazioni di leggi (in vigore), fa apparire *a fortiori* necessario il passaggio parlamentare affinché un trattato internazionale sia idoneo a produrre – a norma dell'art. 117, primo comma Cost. – vincoli per il legislatore futuro[67].

La tesi "massimalista" ha riscosso qualche successo in dottrina, tanto più che, nel corso dell'esame parlamentare, è maturata la decisione di omettere, nel testo della disposizione legislativa di attuazione della ri-

[65] G. SILVESTRI, "Osservazioni conclusive", cit., p. 6.

[66] Art. 12 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati.

[67] A. D'ATENA, "La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea", cit., spec. a p. 926.

forma costituzionale del 2001 (l'art. 1 della legge n. 131/2003)[68] la precisazione (presente invece nel Disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri nell'aprile 2002) per cui i trattati internazionali fonte di vincoli per il legislatore a norma dell'art. 117, primo comma, sarebbero stati soltanto quelli «ratificati a seguito di legge di autorizzazione». Tuttavia, quanto meno con riferimento agli accordi in forma semplificata nelle materie di cui all'art. 80 Cost., l'obiezione di ordine sistematico cui si è fatto ora cenno conserva la sua validità. In tali circostanze gli accordi presentano, per così dire, un vizio "originario" di costituzionalità, per violazione delle norme procedurali previste nella Carta[69], che la Corte – anche a prescindere dal vaglio in ordine al loro contenuto – sarebbe *in primis* chiamata ad accertare, allorché (in armonia con l'iter delineato nelle sentenze gemelle) sottopone la disciplina posta dalla fonte esterna alla verifica di compatibilità con *tutto* il testo costituzionale[70].

Il riconoscimento, in capo ai trattati, di una forza di resistenza passiva superiore a quella inerente alle disposizioni interne di rango primario in vigore nel medesimo ordinamento non implica anche garantire a essi una sorta di «esenzione» rispetto al controllo di costituzionalità. Al contrario, tale scrutinio – in coerenza con il rango sub-costituzionale delle norme «interposte» – deve essere esercitato in modo «pieno», e pertanto con riferimento ad ogni eventuale profilo di contrasto fra le disposizioni da essi previste e quelle costituzionali[71]. In mancanza di indicazioni in senso contrario, il vaglio di legittimità delle norme di derivazione pattizia dev'essere pertanto operato non soltanto sulla base delle norme costituzionali a carattere sostanziale, ma anche con riguardo a quelle di natura formale.

Non pare contrastare efficacemente quanto appena affermato la constatazione che *(i)* sono stati adottati accordi in forma semplificata in tutte

[68] *Supra*, par. 1, nel testo e alla nota 14.

[69] *Contra* G. PALMISANO, "Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni aperte a dieci anni dalle sentenze 'gemelle'", cit., p. 9 s. (in nota 22): «La conformità con la Costituzione è richiesta alle norme pattizie nel loro contenuto, e non invece al trattato come atto-fonte contenente le norme da cui discendono gli obblighi internazionali per l'Italia».

[70] Così sent. n. 348 del 2007, punto 5., lett. b, *in diritto*.

[71] «L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma subcostituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione»: sent. n. 348, ancora al punto 4.7. *in diritto*. Le norme costituzionali, in tale prospettiva, divengono «parametro del parametro»: G. GUAZZAROTTI, "La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 3578.

le categorie per le quali l'art. 80 Cost. prescrive la previa autorizzazione alla ratifica e che *(ii)* gli organi competenti hanno in genere prestato acquiescenza a tale prassi diffusa, finendo per consolidare al riguardo una consuetudine modificativa della Costituzione[72].

L'esclusione della parametricità degli accordi in forma semplificata in violazione dell'art. 80 – oltre a risultare più convincente sul piano teorico (trovando l'opposta opinione fondamento in una consuetudine *contra constitutionem*) – costituisce una soluzione "prudente", che pare giustificata anche alla luce della preoccupante prassi recente che, da ultimo, ha riguardato i c.d. accordi di riammissione.

Si tratta, come noto, di accordi bilaterali in tema di immigrazione, stipulati con Paesi extra UE, e incentrati sul rimpatrio/riammissione dei cittadini di ciascuna Parte contraente (ma anche, a determinate condizioni, di cittadini di Stati terzi e apolidi) che risiedono illegalmente nei territori oggetto di accordo, definendo modalità e tempi di tale procedura. L'originaria matrice di tale tipo di accordi è individuata nell'intesa sottoscritta da Unione europea e Turchia il 18 marzo 2016, di cui si trova traccia in un comunicato-stampa sul sito istituzionale del Consiglio europeo, ove si dà conto della «Dichiarazione UE-Turchia» assunta il 18 marzo 2016[73].

Sulla base di tale precedente, che la stessa Commissione europea aveva indicato come vero e proprio modello per futuri patti in materia[74], sono stati stipulati dall'Italia accordi *soft* di riammissione con il Sudan e la Libia, formalmente denominati Memorandum d'intesa. Del primo – adottato il 3 agosto 2016 dal Dipartimento di Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno italiano, da una parte, e la Polizia Nazionale del Ministero dell'interno sudanese, dall'altro, per la lotta alla criminalità, ge-

[72] F.M. PALOMBINO, *Introduzione al diritto internazionale*, Bari-Roma, 2019, p. 73. Registra da tempo la formazione di una norma consuetudinaria costituzionale attributiva all'esecutivo della competenza a stipulare trattati in forma semplificata F. SALERNO, da ultimo in *Diritto internazionale. Principi e norme*, 4ª ed., Padova, 2017, p. 179.

[73] Il comunicato-stampa è pubblicato sul sito www.consilium.europa.eu . Sulla qualificazione giuridica di tale Dichiarazione UE-Turchia è intervenuta la decisione Trib. UE, ord. 28 febbraio 2017, causa T-192/16, NF *c*. Consiglio europeo, che ha negato che la Dichiarazione costituisca un atto compiuto da un'istituzione dell'Unione; sul tema, N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, p. 122 ss.

[74] Comunicazione della Commissione sulla *Creazione di un nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sull'immigrazione*, COM (2016) 385 del 7.6.2016. Si tratta di un approccio condiviso anche dal nostro esecutivo, come si desume dal documento *Migration Compact. Contribution to an EU strategy for external action on migration* dell'aprile 2016, reperibile sul sito www.governo.it .

stione delle frontiere e dei flussi migratori ed in materia di rimpatrio[75] – si è avuto conoscenza soprattutto a seguito della presentazione alla Corte EDU di un ricorso contro l'Italia da parte cittadini sudanesi per il provvedimento di rimpatrio forzato collettivo di cui sono stati oggetto il 24 agosto 2016[76].

Si è saputo di più a proposito del secondo, siglato il 2 febbraio 2017 dal Presidente del Consiglio Gentiloni con il Primo Ministro libico Al Serraj in tema di cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere. Il Memorandum, non pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* né comunicato ai Presidenti delle Camere come previsto dagli artt. 1, c. 1, lett. f), e 4 della legge n. 839/1984, è infatti reperibile nell'archivio *online* dei trattati internazionali curato dal Ministero degli Affari Esteri ed è stato oggetto di quattro ricorsi per conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale, dichiarati tuttavia inammissibili[77]; a inizio novembre 2019, nell'imminenza del suo rinnovo automatico, il Governo italiano ha trasmesso alle autorità libiche la richiesta di riunire la Commissione congiunta dei due Paesi per procedere alla sua rinegoziazione[78].

Si tratta, nel caso dei due Memorandum e al di là della loro qualificazione formale, di veri e propri accordi bilaterali in forma semplificata, in presumibile violazione dell'art. 80 Cost., cui sono stati rimessi – senza previo controllo parlamentare né rispetto delle dovute forme di pubblicità – il controllo delle frontiere esterne dell'UE e la gestione dei flussi migratori? L'esame del loro contenuto rende plausibile la risposta positiva e conferma la rilevanza – a fronte di una prassi consistente in un settore particolarmente "sensibile" – di una riflessione critica circa la loro idoneità a far sorgere, a carico del legislatore nazionale, i vincoli previsti dall'art. 117, primo comma, Cost.

Al riguardo, come si è già accennato, non sono mancati i tentativi di affermare l'esistenza di una consuetudine costituzionale derogatoria

[75] Il testo dell'accordo è reperibile sul sito dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione: www.asgi.it .

[76] Si tratta del fermo di 48 cittadini sudanesi avvenuto a Ventimiglia il 24 agosto, con l'intento di attuare un respingimento collettivo sulla base dell'intesa appena conclusa; alcuni di essi sono stati effettivamente rimpatriati, dopo un passaggio all'*hotspot* di Taranto, mentre coloro che sono rimasti in Italia hanno senza eccezioni ottenuto il riconoscimento della protezione internazionale, in quanto oggetto di persecuzioni e discriminazioni nel Paese di provenienza. I ricorsi sono stati tutti dichiarati ricevibili nel gennaio 2018.

[77] Corte cost., ord. n. 163 del 2018.

[78] A norma dell'art. 7 del *Memorandum of Understandig* (MoU).

dell'art. 80 Cost., a fondamento della sottoscrizione di atti internazionali che, pur classificati come "intese tecniche", rivestono ad esempio – come nel caso degli accordi di riammissione – natura politica[79]. L'esistenza di un numero consistente di accordi, nelle materie di cui all'art. 80 Cost., stipulati senza previa autorizzazione, e di un atteggiamento prevalentemente acquiescente, rispetto a tale prassi, tenuto dai competenti organi giurisdizionali, non sembrano infatti elementi decisivi. Non solo in quanto, proprio in riferimento all'accordo Italia-Libia del 2016, è stato sollevato conflitto di attribuzioni da parte di alcuni deputati (dichiarato inammissibile perché i singoli parlamentari sono in principio carenti di legittimazione, spettando l'iniziativa processuale alla Camera di appartenenza)[80], ma soprattutto perché sembra ancor oggi insuperato l'orientamento affermato della Corte costituzionale, che ha escluso da tempo – dal punto di vista dell'ordinamento nazionale[81] – la legittimità degli accordi stipulati in forma semplificata in violazione dell'art. 80 Cost. e persino la possibilità di sanatorie *ex post*[82].

Non si tratta dunque, in conclusione, di disconoscere l'esistenza di una consuetudine che – nel silenzio del dettato costituzionale – autorizza il Governo a stipulare trattati in forma semplificata, quanto di contestarne la legittimità se in contrasto con la richiamata norma costituzionale Con la conseguenza che l'*inidoneità* di tali accordi a integrare il parametro di cui all'art. 117, primo comma, Cost., *(i)* ove non deriva dalla violazione dell'art. 80 Cost. (e si verte, pertanto, in materie da tale norma non contemplate) *(ii)* pare diretta conseguenza del loro carattere meramente esecutivo di altri accordi[83], dei quali ultimi andrà pertanto valutato – se del caso – l'eventuale rilievo alla stregua di parametro interposto.

[79] C. FAVILLI, "Quale modalità di conclusione degli accordi internazionali in materia di immigrazione", in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 156 ss.

[80] *Supra* in questo stesso paragrafo, nel testo e alla nota 77. Sulla legittimazione al conflitto del singolo parlamentare, da ultimo, Corte cost., ord. n. 17 del 2019.

[81] Dal primo punto di vista del diritto internazionale si può affermare – malgrado le previsioni dall'art. 46 della già richiamata Convenzione di Vienna del 1969 – la validità di accordi stipulati in violazione della Costituzionale formale – quando *(i)* è stata rispettato il diritto "vivente" e *(ii)* lo Stato ha prestato acquiescenza, acconsentendo *di fatto* allo loro applicazione: A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, 6ª ed., Padova, 2019, p. 150 ss. A norma dell'art. 45 della medesima Convenzione, l'acquiescenza preclude allo Stato di invocare, nei rapporti con le altre Parti contraenti, l'invalidità del trattato concluso in violazione manifesta di proprie norme di importanza fondamentale sulla competenza a stipulare.

[82] Corte cost., sent. n. 295 del 1984, punto 6. *in diritto*. Aderiscono a tale orientamento A. CASSESE, *Diritto internazionale,* 3ª ed. a cura di M. Frulli, Bologna, 2017, p. 279; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 82 s.

[83] Circolare MAE n. 4 del 3 marzo 2008 (A/XII/4), disponibile all'indirizzo www.esteri.it .

OLTRE LA CEDU: LA RILEVANZA DELLA CARTA SOCIALE EUROPEA E DELLE DECISIONI DEL COMITATO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Lorenza MOLA*

SOMMARIO: 1. Specificità della Carta sociale europea quale trattato internazionale sui diritti umani. – 2. Il rango degli obblighi discendenti dalla Carta sociale europea nel sistema delle fonti italiano: la Carta quale parametro interposto di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge. – 3. Il valore giuridico delle pronunce degli organi di controllo dei trattati sui diritti umani, nell'ordinamento internazionale. – 4. (*Segue*): la posizione della Corte costituzionale italiana sul valore delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali ai fini dell'interpretazione della Carta sociale europea. – 5. Il ruolo del giudice interno nel "dialogo costruttivo" sull'applicazione della Carta sociale europea tra il Comitato europeo dei diritti sociali e lo Stato italiano.

1. Specificità della Carta sociale europea quale trattato internazionale sui diritti umani

Con la Carta sociale europea, adottata a Torino nel 1961, i relativi protocolli e la Carta sociale europea riveduta, adottata a Strasburgo nel 1996, gli Stati riuniti nell'ambito del Consiglio d'Europa hanno voluto completare la tutela dei diritti umani garantita dalla Convezione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali (CEDU)[1]. Questo strumento

* Professore associato di Diritto internazionale, Università degli Studi di Torino.

[1] Carta sociale europea ('Carta del 1961' o 'Carta di Torino') del 18 ottobre 1961, *ETS* No. 35, entrata in vigore il 26 febbraio 1965; Protocollo addizionale del 5 maggio 1988, *ETS* No. 128, entrato in vigore il 4 settembre 1992, che estende i diritti garantiti dalla Carta del 1961; Protocollo di modifica del 21 ottobre 1991 ('Protocollo di Torino'), *ETS* No. 142, applicato provvisoriamente, riguardante il meccanismo di controllo; Protocollo addizionale dell'11 novembre 1995, *ETS* No. 158, entrato in vigore il 1° luglio 1998, che istituisce una procedura di reclami collettivi; Carta sociale europea (riveduta) ('Carta del 1996' o 'Carta riveduta') del 3 maggio 1996, *ETS* No. 163, entrata in vigore il 1° luglio 1999. Nel Preambolo della Carta sociale riveduta i governi richiamano la «ne-

pattizio regionale è inteso a proteggere il complesso dei diritti economici e sociali, e presenta al contempo tratti comuni e tratti peculiari nel panorama dei trattati internazionali in materia di diritti umani[2]. Aspetto centrale del presente contributo sarà quello di esaminare il valore di questa fonte internazionale sul piano interno dell'ordinamento italiano, che ad essa è internazionalmente vincolato, individuando se e come rilevino le specificità del sistema di tutela dei diritti umani economici e sociali così instaurato, anche alla luce di una recente, significativa giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

Conviene richiamare brevemente e per sommi capi i principali tratti caratteristici della Carta sociale europea, a partire da quello relativo al meccanismo di controllo. Come molti altri trattati sui diritti umani, la Carta del 1961 istituisce un organo di esperti indipendenti, il Comitato europeo dei diritti sociali[3], cui è affidato il compito di supervisionare l'attuazione degli impegni assunti dagli Stati contraenti, nell'ambito di procedure non giurisdizionali, attraverso un'analisi di natura giuridica che sfocia nell'adozione di pronunce cui non è attribuita dalle rilevanti

cessità … di preservare il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo, a prescindere se civili, politici, economici, sociali o culturali». Tutti i testi giuridici e gli altri documenti relativi alla Carta sociale europea citati in questo contributo sono reperibili sul sito internet del Consiglio d'Europa.

[2] Tra i contributi in dottrina sulla Carta sociale europea, di tenore generale, G. BARILE, "La Carta sociale europea e il diritto internazionale", in *Rivista di diritto internazionale*, 1961, p. 624 ss.; G. CANSACCHI, "Considerazioni sulla Carta sociale europea", in *Il diritto dell'economia*, 1962, p. 263 ss.; L SBOLCI, "La Carta sociale europea", in *Codice degli atti internazionali dei diritti dell'uomo* (a cura di Vitta e Grementieri), Milano, 1981, p. 799 ss.; D. HARRIS, *The European Social Charter*, Charlottesville, 1984; J. DARCY, D. HARRIS, *The European Social Charter*, II ed., Ardsley, N.Y., 2001; J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, S. LECLERC (dir.), *La Charte sociale européenne*, Bruxelles, 2001; O. PORCHIA, "Carta sociale europea", in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. II agg., Torino, 2005, p. 122 ss.; A. SWIATKOWSKI, *Charter of social rights of the Council of Europe*, Alphen aan den Rijn, 2007; O. DE SCHUTTER (ed.), *The European Social Charter: a Social Constitution for Europe*, Bruxelles, 2010; M. D'AMICO, G. GUIGLIA, B. LIBERALI (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali. Atti del convegno del 18 gennaio 2013*, Napoli, 2013; M. D'AMICO, G. GUIGLIA (eds/dir.*), European Social Charter and the challenges of the XXI century - La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*, Napoli, 2014; J. LUTHER, L. MOLA (eds/dir.), *Europe's social rights under the "Turin Process" - Les droits sociaux de l'Europe sous le "Processus de Turin"*, Napoli, 2016; C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Napoli, 2016; L. PANELLA, C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2019, p. 323 ss.

[3] Secondo l'art. 25 della Carta del 1961, i membri del Comitato sono «désignés par le Comité des Ministres sur une liste d'experts indépendants de la plus haute intégrité et d'une compétence reconnue dans les matières sociales internationales, qui seront proposés par les Parties contractantes».

disposizioni pattizie forza giuridica obbligatoria[4]. I redattori della Carta del 1961 hanno conferito al Comitato europeo dei diritti sociali il mandato di esaminare i rapporti statali periodici e di elaborare delle conclusioni, che il Protocollo di Torino (del 1991) ha connotato nei termini di «assess from a legal standpoint the compliance of national law and practice with the obligations arising from the Charter for the Contracting Parties concerned»[5]. Il sistema della Carta contempla anche la procedura introdotta con l'apposito Protocollo del 1995, opzionale, di tipo contenzioso, a carattere occasionale, imperniata non su comunicazioni individuali, come previsto in altri ambiti pattizi in materia di diritti umani, bensì su reclami collettivi[6]. La procedura dei reclami collettivi si caratterizza dal punto di vista dei soggetti legittimati ad attivarla – non "vittime" bensì qualificati gruppi di individui che agiscono per far valere un interesse collettivo[7] –;

[4] Cfr. A. CASSESE, *Il controllo internazionale. Contributo alla teoria delle funzioni di organizzazione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1971, spec. p. 62 ss., secondo cui il "controllo internazionale" di tipo non giurisdizionale esprime il compromesso tra l'interesse solidaristico all'accertamento obiettivo dell'osservanza delle norme materiali dei trattati e l'interesse a che l'autonomia degli Stati assoggettati al controllo sia preservata tramite l'esclusione di effetti vincolanti dei provvedimenti finali.

[5] Art. 24, Carta del 1961, e art. 2, Protocollo del 1991. Ai sensi dell'art. C della Carta riveduta, «l'attuazione degli impegni giuridici contenuti nella presente Carta sarà sottoposta allo stesso controllo di quello della Carta sociale europea». Sul processo di elaborazione ed adozione della Carta del 1961, v. G. CANSACCHI, "Considerazioni sulla Carta sociale europea", cit., p. 265 ss.

[6] V., tra altri, F. SUDRE, "Le protocol additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de reclamations collectives", in *Revue générale de droit international public*, 1996, p. 715 ss.; R.R. CHURCHILL, U. KHALIQ, "The Collective Complaint System of the European Social Charter: an Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?", in *European Journal of International Law*, 2004, p. 417 ss.; P. ALSTON, "Assessing the Strengths and Weaknesses of the European Social Charter's Supervisory System", in *Social Rights in Europe* (a cura di De Burca e De Witte), Oxford, 2005, p. 45 ss.; J.-M. BELORGEY, "La Carta social europea y el Comité europeo de derechos sociales: el mecanismo de reclamaciones colectivas", in *Tratado sobre Protección de Derechos Sociales* (a cura di Terol Becerra e Jimena Quesada), Valencia, 2014, p. 231 ss. La procedura dei reclami collettivi della Carta sociale europea è ispirata (cfr. *Explanatory Report to the Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints* ('*Explanatory Report*'), par. 1) alla procedura attivabile davanti al Comitato sulla libertà di associazione nell'ambito dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), ove però accanto ad esperti indipendenti siedono anche rappresentanti del governo, dei datori di lavoro e dei lavoratori; quella procedura opera con riguardo alle Convenzioni OIL n. 87 sulla libertà sindacale e n. 98 sulla negoziazione collettiva nei confronti di tutti gli Stati membri dell'Organizzazione, indipendentemente dal fatto che abbiano ratificato le due Convenzioni.

[7] Ai sensi dell'art. 1 del Protocollo del 1995, hanno legittimazione attiva le organizzazioni internazionali dei datori di lavoro e dei sindacati, di cui al secondo paragrafo dell'art. 27 della Carta del 1961, altre organizzazioni internazionali non governative aventi *status* consultivo nel Consiglio d'Europa ed inserite su un'apposita lista, le orga-

per l'oggetto – non casi individuali di violazioni bensì situazioni generali derivanti da atti legislativi e prassi –; correlativamente, per l'assenza dei requisiti del previo esaurimento dei rimedi interni e di una clausola di coordinamento con altre procedure di controllo internazionali[8]. Il Comitato europeo dei diritti sociali ha il compito, in tale ambito, di esaminare il reclamo e valutare se la disposizione che ne è oggetto abbia ricevuto un'applicazione soddisfacente da parte dello Stato in causa[9]. In esito rispettivamente all'una e all'altra procedura, il Comitato adotta "decisioni" e "conclusioni"[10]: si tratta di provvedimenti che, nel silenzio della base pattizia, sono ritenuti privi di valore obbligatorio. Tuttavia, le pronunce del Comitato sono sottoposte ad un processo di *follow-up* che, coinvolgendo gli organi politici del Consiglio d'Europa, è in grado di esercitare una pressione diplomatica, tra pari[11]. Il Comitato dei Ministri, in particolare, può rivolgere agli Stati interessati dal controllo le raccomandazioni che ritenga necessarie[12]; nei casi in cui il Comitato europeo dei diritti sociali abbia constatato un'applicazione non conforme degli impegni assunti dallo Stato interessato nell'ambito della procedura dei reclami collettivi, invero, l'adozione di raccomandazioni non è configurata in termini di una facoltà[13], ed è previsto che lo Stato fornisca informazioni sulle misure adottate per dare effetto alla raccomandazione nel rapporto statale successivo[14].

Sotto il profilo dell'applicazione *ratione personae* e *ratione mate-*

nizzazioni nazionali rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori per lo Stato destinatario del reclamo. L'art. 2 dello stesso Protocollo prevede la facoltà in capo agli Stati contraenti di estendere la possibilità di presentare un reclamo anche alle altre organizzazioni nazionali non governative «representatives et particulièrement qualifiées» nelle materie coperte dalla Carta; al momento, solo la Finlandia ha esercitato tale facoltà. Cfr., quanto ai requisiti di rappresentatività delle organizzazioni nazionali tanto dei datori di lavoro e dei lavoratori quanto delle organizzazioni nazionali non governative e di qualificazione di queste ultime, la prassi applicativa del Comitato in CONSIGLIO D'EUROPA, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights* ('*Digest*'), Strasburgo, 2018, p. 19 ss.

[8] *Explanatory Report*, cit., par. 31.

[9] Art. 8, Protocollo del 1995: «[le Comité] rédige un rapport dans lequel il décrit les mesures qu'il a prises pour examiner la réclamation et présente ses conclusions sur le point de savoir si la Partie contractante mise en cause a ou non assuré d'une manière satisfaisante l'application de la disposition de la Charte visée par la réclamation».

[10] Art. 2, par. 1, Regolamento del Comitato europeo dei diritti sociali, emendato da ultimo il 10 settembre 2019.

[11] G. CANSACCHI, "Considerazioni sulla Carta sociale europea", cit., p. 15 e p. 17; G. PALMISANO, "La Charte sociale révisée, vingt ans après. Défis et perspectives", in *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, cit., p. 23 ss., p. 31.

[12] Art. 29, Carta del 1961.

[13] Art. 9, Protocollo del 1995; cfr. *Explanatory Report*, cit., par. 46.

[14] Art. 10, Protocollo del 1995.

riae della fonte pattizia, occorre evidenziare una situazione di notevole disparità di impegni tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa. Se la maggior parte degli Stati membri si è vincolata alla Carta del 1996, la quale amplia notevolmente il novero dei diritti in materia di lavoro e in materia sociale rispetto alla Carta 'originaria', alcuni Stati membri rimangono parti alla sola Carta del 1961, oppure alla Carta del 1961 e al suo Protocollo addizionale del 1988 che aggiunge alcuni diritti, mentre altri Stati membri non hanno ratificato alcuno di questi strumenti convenzionali[15]. L'estensione materiale degli impegni assunti dagli Stati contraenti può variare anche in riferimento al singolo trattato ratificato, in virtù di un peculiare meccanismo di *opt-in* contemplato nella Carta del 1961 e mantenuto, con le opportune modifiche, nella Carta del 1996. Ogni Stato contraente può infatti dichiarare quali obblighi intende assumere, accettando espressamente singoli articoli o paragrafi della Parte II del trattato in questione; la scelta tuttavia deve compiersi nel rispetto di determinati vincoli numerici, con riguardo al totale delle disposizioni, nonché contenutistici: viene cioè individuato un *noyau dur* dei principali diritti garantiti nel trattato, ai quali peraltro è lasciata facoltà allo Stato contraente di aderire parzialmente[16]. I primi commenti in dottrina osservavano come il meccanismo congegnato nella Carta del 1961 dia espressione all'obiettivo non già di armonizzare le legislazioni tra gli Stati contraenti bensì di attuare la giustizia sociale nella maggior misura possibile

[15] Si tratta di Liechtenstein, Monaco, San Marino, Svizzera. Ai sensi dell'art. B, par. 2, della Carta riveduta, come sottolineato dal relativo Rapporto esplicativo, per gli Stati che hanno ratificato sia la Carta del 1961 sia la Carta del 1996, la ratifica della Carta del 1996 non comporta la denuncia della Carta del 1961, la quale tuttavia non trova più applicazione con riferimento alle disposizioni che corrispondono a disposizioni della Carta del 1996. Le iniziative di 'rilancio' della Carta sociale europea mirano al raggiungimento dell'obiettivo della ratifica della Carta riveduta da parte di tutti gli Stati contraenti della Carta del 1961 e dell'adesione al Protocollo sui reclami collettivi; cfr. M. NICOLETTI, *General Report on the High Level Conference on the European Social Charter, Turin, 17-18 October 2014*, Strasburgo, 2014.

[16] Il *noyau dur* è individuato, nella Carta sociale europea del 1961, negli articoli 1 (diritto al lavoro), 5 (diritti sindacali), 6 (diritto di negoziazione collettiva), 12 (diritto alla sicurezza sociale), 13 (diritto all'assistenza sociale e medica), 16 (diritto della famiglia a una tutela sociale giuridica ed economica) e 19 (diritto dei lavoratori migranti e delle loro famiglie alla protezione e all'assistenza) della Parte II e inoltre, nella Carta sociale riveduta, negli articoli 7 (diritto dei bambini e degli adolescenti a una tutela) e 20 (diritto alla parità di opportunità e di trattamento in materia di lavoro e di professione senza discriminazioni basate sul sesso) della Parte II: ai sensi dell'art. 20 della Parte III della Carta del 1961, ogni Parte contraente si impegna a considerarsi vincolata ad almeno cinque dei sette articoli, mentre ai sensi dell'art. A, par. 1, lett. b) della Parte III della Carta del 1996, a sei dei nove. Ad esempio, esulano dal *noyau dur* l'articolo 10 (diritto alla formazione professionale) della Carta del 1961 (e del 1996) e l'articolo 31 (diritto all'abitazione) della Carta del 1996.

in ogni Stato contraente: ambiziosa per il novero e il contenuto dei diritti sanciti, la Carta è volta a favorire l'adesione più ampia possibile degli Stati alla luce della situazione economica e sociale in ognuno di essi, stante anche l'onere che può costituire, per il bilancio dello Stato, la tutela dei diritti economici e sociali[17]. Veniva peraltro notato come il dispositivo del *noyau dur* operi al posto del congegno delle riserve, sul quale manca una disposizione nel trattato[18]. In ogni caso, la Parte I della Carta rivolge alle Parti contraenti l'obbligo di perseguire «con tutti i mezzi utili, a livello nazionale ed internazionale» una politica volta alla realizzazione delle condizioni a cui sia garantito l'effettivo esercizio di tutti i diritti e i principi riconosciuti nella Carta. Ai diritti enunciati in questa Parte, che riflette il tenore programmatico che caratterizza le previsioni in materia di diritti economici e sociali, corrispondono gli impegni delineati nella Parte II e soggetti all'accettazione positiva delle Parti. Il Comitato europeo dei diritti sociali, da parte sua, sottolinea come la Carta «was conceived as a whole and all its provisions complement each other and overlap in part», per cui, nel rispetto della volontà a vincolarsi manifestata da ciascuno Stato contraente, la mancata accettazione degli obblighi di tutela di alcuni diritti non può inficiare la garanzia dei diritti riconosciuti nelle disposizioni accettate[19].

Sotto il profilo degli individui beneficiari della garanzia offerta dalla Carta sociale europea, considerazioni storiche e in parte legate all'onere della tutela dei diritti economici e sociali per il bilancio dello Stato sono alla base della scelta dei redattori della Carta del 1961, non superata dalla revisione del 1996, di indicare in un Annesso che, laddove singole disposizioni non precisino diversamente[20], la protezione si estende, oltre ai cittadini di ogni Stato contraente, ai soli stranieri che siano cittadini degli altri Stati contraenti o rifugiati o apolidi, e a fronte del rispetto di alcune condizioni per ciascuna di queste tre categorie di non cittadini: ad esempio, gli impegni accettati da uno Stato contraente devono essere attuati nei confronti dei cittadini degli altri Stati contraenti che vi risiedano legalmente o vi svolgano un lavoro regolare[21]. Si tratta dell'aspetto più peculiare, e problematico, della Carta sociale europea quale convenzione internazionale sui diritti umani, di cui non è possibile trattare maggior-

[17] G. BARILE, "La Carta sociale europea e il diritto internazionale", cit., p. 633.

[18] Ivi, p. 632.

[19] Decisione 26 giugno 2007, sulla ricevibilità, *Mental Disability Advocacy Center (MDAC) c. Bulgaria*, reclamo n. 41/2007, par. 9.

[20] V. ad. es., art. 13, par. 4, della Carta.

[21] Annesso, 'Scope of the [Revised] European Social Charter in terms of persons protected', par. 1.

mente in questa sede[22], ma che non a caso ha impegnato il Comitato europeo dei diritti sociali in un accorto tentativo di interpretazione *praeter litteram* della disposizioni dell'Annesso, al fine di affermare l'obbligo discendente dalla Carta in capo agli Stati contraenti di garantire la tutela di determinati diritti economici e sociali ad alcune categorie di individui in virtù del loro essere persone umane, indipendentemente dalla nazionalità[23].

Merita infine richiamare l'aspetto relativo alla natura degli obblighi sanciti nella Carta. Alla stregua di altri trattati, in particolare sui diritti umani economici e sociali, nella Carta si trovano disposizioni che, come individuato dallo stesso Comitato europeo dei diritti sociali, richiedono agli Stati contraenti di «guarantee immediate results or … adopt conduct which may be capable in the absolute of guaranteeing the right immediately (immediate due diligence)»[24] e disposizioni che, invece, permettono un'attuazione progressiva da parte degli Stati contraenti, com'è il caso delle disposizioni relative ai diritti «the implementation of which is particularly complex and may involve significant budgetary costs»[25]. Nell'attuare gli obblighi a realizzazione progressiva, agli Stati viene riconosciuto un margine di discrezionalità, che trova però dei limiti nel testo stesso del trattato, ove sono indicate misure generali[26], o in relazione agli impegni sui singoli diritti. Il Comitato ha ulteriormente precisato limiti temporali e di mezzi, in funzione dei quali compie una valutazione

[22] V. G. PALMISANO, "Overcoming the limits of the European Social Charter in terms of persons protected: The case of third State nationals and irregular migrants", in *European Social Charter and the challenges of the XXI century*, cit., p. 171 ss.; C. PANZERA, "The personal scope of the European Social Charter: Questioning equality", in *Europe's social rights under the "Turin Process"*, cit., p. 173 ss.

[23] V. le conclusioni 2004, Statement of Interpretation, 'Personal scope of the Charter'; tra altre, decisione 23 ottobre 2012, *Defence for Children International (DCI) c. Belgio*, reclamo n. 69/2011, parr. 28-39, ripresa da ultimo nella decisione 24 gennaio 2018, *European Committee for Home-Based Priority Action for the Child and the Family (EUROCEF) c. Francia*, reclamo n. 114/2015, parr. 49-57.

[24] Decisione 18 marzo 2013, *Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. Belgio*, reclamo n. 75/2012, parr. 140-151.

[25] Decisione 4 novembre 2003, *International Association Autism-Europe (AIAE) c. Francia*, reclamo n. 13/2002, par. 53. Si veda la teorizzazione proposta in dottrina da R. PISILLO MAZZESCHI (di cui v., ad es., "Sulla natura degli obblighi internazionali di tutela e promozione dei diritti economici, sociali e culturali", in *I diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela nella comunità internazionale* (a cura di Bestagno), Milano, 2009, p. 3 ss.), anche con puntuale riferimento alla Carta sociale europea, di disposizioni che pongono obblighi «precettivi, immediati e completi» (p. 9) di risultato, o di mezzi (*due diligence*), e disposizioni a carattere programmatico, che prospettano un obbligo con un'altra struttura, «generale e complesso, "a realizzazione progressiva"» (p. 15).

[26] Art. I, Carta del 1996.

di natura giuridica sulla conformità della condotta statale agli obblighi assunti: gli obiettivi fissati nella Carta devono essere raggiunti «within a reasonable time, with measurable progress and to an extent consistent with the maximum use of available resources»[27].

È dunque nei confronti di un regime pattizio sui diritti umani tanto rilevante, per la tutela dei diritti economici e sociali nell'ambito regionale europeo, quanto dotato di specifici caratteri, che l'Italia ha assunto obblighi internazionali e vi ha dato esecuzione sul piano interno. L'Italia si è infatti internazionalmente vincolata alla Carta sociale europea del 1961, ai relativi Protocolli addizionali del 1988 e del 1995 e alla Carta riveduta del 1996, procedendo in ciascun caso ad adattare l'ordinamento interno con procedimento speciale, tramite ordine di esecuzione contenuto nella legge di autorizzazione alla ratifica[28]. Ciononostante, la Carta sociale europea ha occupato una posizione marginale nella giurisprudenza costituzionale e più in generale nei giudizi interni in Italia[29], sino alle vicende giudiziarie che hanno portato la Corte costituzionale ad esprimersi sulla rilevanza della Carta e della prassi applicativa del suo organo di controllo nell'ambito di due giudizi di legittimità costituzionale delle leggi. Dalle pronunce della Consulta che si innestano sulla Carta sociale europea emanano apporti di più ampio respiro: da un lato, la Corte costituzionale aggiunge un tassello alla propria ricostruzione degli effetti dell'adattamento dell'ordinamento interno agli obblighi pattizi contratti dall'Italia, alla luce delle caratteristiche della fonte convenzionale; dall'altro lato, la Corte affronta per la prima volta esplicitamente la questione del valore delle pronunce dei cd. *treaty bodies* ai fini dell'individuazione del contenuto e della portata delle norme della Carta da parte del giudice interno.

[27] *International Association Autism-Europe (AIAE) c. Francia*, cit., par. 53: cfr. art. 2, par. 1, Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali.

[28] Legge 3 luglio 1965 n. 929, di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione della Carta sociale europea adottata a Torino il 18 ottobre 1961 (GU n. 193 del 3 agosto 1965, Suppl. Ordinario); legge del 18 agosto 1997 n. 298, di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione del Protocollo addizionale della Carta sociale europea che prevede un sistema di reclami collettivi (GU n. 215 del 15 settembre 1997, Suppl. Ordinario); legge 9 febbraio 1999 n. 30, di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996 (GU n. 44 del 23 febbraio 1999, Suppl. Ordinario n. 38).

[29] In dottrina, e per le sentenze lì riportate, v. A. SPADARO, "Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano *internazionale*, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile 'freddezza' della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL", in *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, cit., p. 3 ss.; G. E. POLIZZI, "Le norme della Carta sociale europea come parametro interposto di legittimità costituzionale alla luce delle sentenze della Corte costituzionale nn. 120 e 194 del 2018", in *federalismi.it*, 20 febbraio 2019, www.federalismi.it, nota 4.

La recente giurisprudenza costituzionale presenta profili di grande interesse anche per i suoi possibili risvolti applicativi in sede di tutela giudiziaria dei diritti economici e sociali, nel più generale sistema multilivello di protezione dei diritti umani che coinvolge l'operato di più organi.

2. Il rango degli obblighi discendenti dalla Carta sociale europea nel sistema delle fonti italiano: la Carta quale parametro interposto di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge

L'incidenza delle norme previste dalla Carta sociale europea sull'ordinamento italiano, ovvero il rango delle norme risultanti dall'adattamento alla Carta sociale europea e ai relativi strumenti addizionali, risulta dalla collocazione o meno di questa fonte internazionale nella sistemazione dei rapporti tra obblighi di derivazione pattizia e fonti interne predisposta dalla Costituzione, a seguito della riforma introdotta con legge costituzionale n. 3 del 2001 del primo comma dell'articolo 117 della Costituzione, così come ricostruita dalla Corte costituzionale, a partire dalle sentenze 'gemelle' n. 348 e n. 349 del 2007. Com'è noto, ai sensi della novellata disposizione costituzionale lo Stato e le Regioni esercitano la potestà legislativa «nel rispetto … dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Tali obblighi, conferendo di volta in volta contenuto concreto al parametro interposto di legittimità costituzionale (in virtù del "rinvio mobile" realizzato dalla norma costituzionale)[30], sono collocati in una posizione sovraordinata alle leggi e agli atti aventi forza di legge, rimanendo sottoposti alla Costituzione. Pertanto, il giudice comune non può disapplicare autonomamente una norma di una fonte interna primaria ritenuta contrastante con gli obblighi internazionali di volta in volta conferenti (come invece avviene, sul fondamento dell'art. 11 Cost., per le norme di diritto dell'Unione che «producono effetti diretti nell'ordinamento interno»[31], in virtù del primato del diritto dell'Unione) ma è obbligato a sollevare una questione di legittimità costituzionale ogniqualvolta l'antinomia non sia risolvibile sul piano interpretativo attraverso un'interpretazione internazionalmente orientata della norma interna[32].

[30] Sentenza 24 ottobre 2007, n. 349, punto 6.2 del Considerato in diritto.

[31] Sentenza 24 ottobre 2007, n. 348, punto 3.3 del Considerato in diritto.

[32] Ivi, punto 4.3 del Considerato in diritto. Sull'adattamento del diritto italiano al diritto internazionale, incluso il diritto pattizio, v., per tutti, P. IVALDI, "L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale (e dell'Unione europea)", in *Istituzioni di diritto internazionale* (a cura di Carbone *et al.*), Torino, 2016, p. 129 ss.

La collocazione degli obblighi derivanti dalla Carta sociale europea (riveduta) nell'ambito dell'art. 117, 1° c., Cost. non avrebbe dato adito a dubbi, stante la vigenza internazionale del trattato, la ratifica da parte italiana, l'adattamento del diritto interno tramite ordine di esecuzione, se si legge nell'art. 117, 1° c., Cost. una copertura generale rispetto agli obblighi di origine internazionale non altrove contemplati nella Costituzione[33]. In dottrina è stato autorevolmente sottolineato come il carattere generale di questa garanzia costituzionale per gli obblighi di origine pattizia, comportando l'omologazione della loro rilevanza nell'ordinamento giuridico interno, dia espressione al principio di coerenza del diritto interno al diritto internazionale[34], ma non tenga conto del diverso rilievo che i trattati internazionali presentano nell'ordinamento internazionale[35] ovvero della 'consistenza' costituzionale o meno, per l'ordinamento interno, delle materie di cui le fonti pattizie si occupano[36]. La posizione della Corte costituzionale sull'estensione della copertura dell'art. 117, 1° c., Cost. non è stata considerata del tutto chiara e compiuta nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007[37], così come nel filone giurisprudenziale da allora sviluppato. La Corte costituzionale è sembrata lasciar intendere almeno di voler rilevare in maniera puntuale i trattati internazionali cui è vincolata l'Italia che integrano il parametro interposto di cui all'art. 117, 1° c., Cost., se non anche di distinguere sulla base delle caratteristiche della fonte pattizia[38].

[33] Quindi, ad esclusione degli obblighi posti da norme consuetudinarie (art. 10), derivanti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea (art. 11), dai Patti lateranensi (art. 7) e dai trattati sulla condizione giuridica dello straniero (art. 10, 2° c.). Sul dibattito in dottrina sulla portata dell'art. 35, 3° c., Cost., secondo cui la Repubblica «[p]romuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro», i richiami in P. PERLINGIERI, S. BALLETTI, "Articolo 35", in *Commento alla Costituzione italiana* (a cura di Perlingieri), Napoli, 2001, p. 233 ss., p. 234.

[34] F. SALERNO, "La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura", in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018, *www.osservatoriosullefonti.it*, p. 9.

[35] Ivi, p. 3; in senso critico, L. CONDORELLI, "La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 310 ss., p. 306 ss.

[36] *Amplius*, v. la ricostruzione del dibattito, anche con riferimenti alla dottrina costituzionalistica, di A. TANCREDI, "La Carta sociale europea come parametro interposto nella recente giurisprudenza costituzionale: novità e questioni aperte", in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 490 ss., pp. 493-497.

[37] V. G. GAJA, "Il limite costituzionale del rispetto degli 'obblighi internazionali': un parametro definito solo parzialmente", in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 136 ss.

[38] Per quanto riguarda convenzioni diverse dalla CEDU capaci a fungere da parametro interposto, secondo la Corte costituzionale, v. le sentenze 12 aprile 2012, n. 85 (Protocollo di Kyoto addizionale alla Convenzione-quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici), 26 ottobre 2012, n. 236 (Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti

È in questo contesto che si è posta la questione dell'ammissibilità della Carta sociale europea alla funzione di parametro interposto di costituzionalità delle leggi, questione che la Corte costituzionale italiana ha delineato in due giudizi in via incidentale nel corso del 2018.

Nella sentenza 13 giugno 2018 n. 120, la Corte costituzionale dichiara costituzionalmente illegittima la disposizione del Codice dell'ordinamento militare che vieta ai membri delle forze armate di formare associazioni professionali a carattere sindacale, ritenendo invece compatibile, nel quadro costituzionale italiano, il contestuale divieto posto dal legislatore di aderire ad altre associazioni sindacali[39]. Parametro di conformità evocato dai giudici rimettenti era esclusivamente il primo comma dell'articolo 117, Cost., in relazione sia all'articolo 11 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU), come interpretato dalla Corte di Strasburgo, sia all'articolo 5 della Carta sociale: entrambe le disposizioni pattizie sanciscono la libertà sindacale riconoscendo al contempo la facoltà degli Stati contraenti di limitare il godimento di questo diritto per i dipendenti della pubblica amministrazione, delle forze di polizia e delle forze armate.

Nella sentenza 8 novembre 2018 n. 194, la Corte ha censurato la previsione del cd. *Jobs Act* che impone al giudice un criterio fisso e rigido per il calcolo dell'indennità per licenziamento illegittimo del lavoratore[40], accogliendo le questioni di incostituzionalità con riguardo alle norme costituzionali sull'uguaglianza (art. 3), sul diritto al lavoro (art. 4), sulla tutela del lavoro (art. 35), nonché sul rispetto degli obblighi internazionali (art. 117, 1° c.) in relazione all'articolo 24 della Carta sociale europea, che sancisce il diritto dei lavoratori ad una tutela in caso di licenziamento[41].

Nella sentenza n. 120, la Corte costituzionale riconosce l'idoneità della Carta sociale europea ad 'integrare' il parametro interposto di cui all'art. 117, 1° c., Cost., in virtù degli «spiccati elementi di specialità ri-

delle persone con disabilità), 23 gennaio 2013, n. 7 (Convenzioni delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo e Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo); contrariamente, in part. alla luce dell'assenza di un contenuto precettivo specifico, v. le sentenze 17 novembre 2010, n. 325 e 26 marzo 2015, n. 50 (Carta europea dell'autonomia locale; v. G. BOGGERO, "La Carta europea dell'autonomia locale nella giurisprudenza degli Stati europei", in *Le Regioni*, 2015, p. 1077 ss.).

[39] Art. 1475, 2° c., del d.lgs. 15 marzo 2010 n. 66 (Codice dell'ordinamento militare).

[40] Art. 3, 1° c., del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della l. 10 dicembre 2014 n. 183).

[41] Nei confronti di altre fonti internazionali evocate dal giudice rimettente, la Corte costituzionale dichiara le questioni inammissibili o infondate.

spetto ai normali accordi internazionali» che la Carta presenta e che «la collegano alla CEDU»: la Corte costituzionale vede nella Carta «il naturale completamento [della CEDU] sul piano sociale poiché, come si legge nel preambolo, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno voluto estendere la tutela anche ai diritti sociali, ricordando il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo»[42]. Su un piano più generale, questo passaggio sembra confermare quell'attitudine già percepita nella precedente giurisprudenza della Corte, per la quale sembrerebbe che non tutti i trattati internazionali cui l'Italia è vincolata siano fonti internazionali idonee a integrare il parametro interposto di costituzionalità delle leggi; la "specialità" che dovrebbero presentare i trattati a tal fine non riceve però esplicita descrizione nella sentenza n. 120, al di là del richiamo al collegamento del trattato in questione, la Carta sociale, con la CEDU. Un passaggio marginale della sentenza n. 194 suggerisce peraltro che la copertura costituzionale dell'art. 117, 1° c., Cost. si estende (almeno) a tutti i trattati internazionali aventi 'vocazione costituzionale', senza peraltro che tale carattere sia definito in termini generali dalla Corte costituzionale. Tra le fonti internazionali evocate dal giudice rimettente quale parametro interposto di costituzionalità della norma interna censurata figurava infatti anche l'articolo 10 sulla cessazione della relazione di lavoro ad iniziativa del datore di lavoro della Convenzione ILO n. 158 sul licenziamento del 1982. La Corte costituzionale riconosce a questo trattato «vocazione costituzionale, nello spirito dell'art. 35, terzo comma, Cost.»[43], anche se deve rigettare l'ammissibilità della questione di costituzionalità a causa dell'assenza di ratifica da parte dell'Italia del trattato in questione[44]. Dall'insieme di queste considerazioni emerge che, nella visione della Corte costituzionale, la Carta sociale è sicuramente idonea a integrare il parametro interposto sul piano formale, in quanto trattato internazionale ratificato dall'Italia, altresì per il suo collegamento alla CEDU, ed evidentemente anche in virtù del proprio contenuto materiale che si sovrappone alla materia costituzionale della tutela dei diritti fondamentali.

Nella giurisprudenza costituzionale in esame non trovano invece una

[42] Sentenza n. 120/2018, cit., punto 10.1 del Considerato in diritto. Tra i commenti alla sentenza, nella dottrina internazionalistica, v. C. DI TURI, "Libertà di associazione sindacale del personale militare e Carta sociale europea nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 615 ss., e gli altri Autori cit. *infra*.

[43] Sentenza n. 194/2018, cit., punto 5.4 del Considerato in diritto.

[44] Ivi; la Consulta esclude altresì l'idoneità della Convenzione ILO n. 158 a integrare il parametro del rispetto degli obblighi internazionali che, come nel caso in esame, venga posto dalla legge delega nei confronti del decreto legislativo.

considerazione o un peso determinante, ai fini dall'ammissibilità della Carta sociale europea alla funzione di parametro interposto in base all'art. 117, 1° c., Cost, le specificità di questa fonte pattizia più sopra richiamate. In particolare la Corte costituzionale non si pronuncia con riferimento alle disposizioni non accettate dall'Italia – vale a dire, data la 'generosità' da parte italiana ad assumere impegni nella tutela dei diritti economici e sociali rispetto ad altri Stati contraenti, il solo articolo 25 della Carta riveduta, in cui è tutelato il "Diritto dei lavoratori alla protezione dei loro crediti in caso di insolvenza del loro datore di lavoro". L'idoneità a fungere da parametro interposto sembra doversi escludere per l'articolo 25 della Carta riveduta, mancando nei confronti di questa disposizione il "vincolo" internazionale richiesto dalla norma costituzionale. Sul piano internazionale, però, la Carta prevede che il controllo dell'attuazione del trattato negli Stati contraenti si estenda anche alle disposizioni non accettate, alla luce della Parte I della Carta: ciò avviene tramite l'invio di rapporti statali al Segretario generale ad intervalli regolari[45]; per quanto concerne gli Stati che hanno ratificato la Carta riveduta, anche il Comitato europeo dei diritti sociali è invitato ad esaminare le informazioni contenute in questi rapporti[46]. Inoltre, come già ricordato, il Comitato ritiene di dover assicurare che la garanzia dei diritti riconosciuti nelle disposizioni della Parte II accettate dagli Stati contraenti non risulti minata dall'assenza di vincolo nei confronti di disposizioni relative ad altri diritti[47].

La Corte costituzionale contempla un altro aspetto, in sede di ricognizione dell'idoneità della Carta a fungere da parametro interposto di legittimità costituzionale delle leggi. Nella sentenza n. 120 del 2018, la Consulta nota che la Carta «è priva di effetto diretto e la sua applicazione non può avvenire immediatamente ad opera del giudice comune ma richiede l'intervento di questa Corte, cui va prospettata la questione di legittimità costituzionale, per violazione del citato primo comma dell'art. 117 Cost., della norma nazionale ritenuta in contrasto con la Carta sociale». La Corte aggiunge immediatamente: «Ciò tanto più in considerazione del fatto che la sua struttura si caratterizza prevalentemente come affermazione di princìpi ad attuazione progressiva, imponendo in tal modo una particolare attenzione nella verifica dei tempi e dei modi della loro attuazione»[48]. La prima osservazione volge ad attrarre la Carta sociale europea nello schema del parametro interposto, e sotto il controllo accen-

[45] Art. 22, Carta del 1961.
[46] Comitato dei Ministri, decisione dell'11 dicembre 2002, CM(2002)184.
[47] V. *supra*, nota 19.
[48] Sentenza n. 120/2018, cit., punto 10.1 del Considerato in diritto.

trato della Corte costituzionale, ricostruito per gli obblighi di origine pattizia diversi da quelli che trovano altra copertura costituzionale, a partire dalle sentenze del 2007, distinguendolo da quello elaborato per le norme di diritto dell'Unione europea dotate di effetti diretti. Più incerta appare la valenza della seconda considerazione della Corte, sulla "struttura", o più correttamente sulla natura degli obblighi, della Carta sociale europea. Questa considerazione infatti sembrerebbe escludere le norme a realizzazione progressiva dal novero degli obblighi internazionali idonei a dare contenuto concreto al parametro interposto di cui all'articolo 117, primo comma, della Costituzione, anche con riferimento alle norme della Carta sociale che non presentino un "contenuto puntuale"[49], ma potrebbe anche essere intesa come funzionale all'accentramento in capo al giudice delle leggi dell'opera particolarmente delicata qual è quella volta a ricostruire il contenuto di obblighi a realizzazione progressiva, tramite l'attivazione del meccanismo della verifica della conformità dell'attività (o, dell'inattività) del legislatore italiano a tali tipi di obbligazioni internazionali.

3. Il valore giuridico delle pronunce degli organi di controllo dei trattati sui diritti umani, nell'ordinamento internazionale

L'inquadramento degli obblighi derivanti dalla Carta sociale europea nell'ordinamento italiano si compone anche di un secondo aspetto, relativo al valore interpretativo delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali. Se, come detto, è generalmente escluso che tali pronunce producano effetti giuridici vincolanti, il problema concerne il valore della ricostruzione del significato delle norme della Carta operata dal suo organo di controllo, nell'ordinamento internazionale e per gli organi interni degli Stati contraenti che applicano il trattato. Con riguardo alla Carta sociale europea, ma anche ad altri sistemi pattizi, manca nei testi delle Carte e dei relativi Protocolli una disposizione che conferisca esplicitamente mandato al Comitato (o a un altro organo) di interpretare la

[49] Ivi: «peraltro l'art. 5 della Carta sociale [rilevante in quel giudizio] ha un contenuto puntuale». Così ipotizza A. TANCREDI, "La Carta sociale europea come parametro interposo nella recente giurisprudenza costituzionale", cit., p. 496. In precedente giurisprudenza, sulla base del carattere non precettivo, compiuto e immediato delle norme pattizie evocate come parametro interposto di costituzionalità dai giudici rimettenti la Corte costituzionale ha concluso nel senso dell'inidoneità della fonte a integrare il parametro (v. *supra*, nota 38) ovvero della manifesta infondatezza della questione costituzionale per insufficiente precisione del parametro: v. D. AMOROSO, con riferimento alla sentenza 14 gennaio 2016, n. 2, in *Italian Yearbook of International Law*, 2017, p. 556 ss.

Carta o che specifichi gli effetti giuridici dei provvedimenti adottati dal Comitato in esito alle procedure di controllo[50].

Dal punto di vista del diritto internazionale, com'è noto, l'attribuzione di significato alle norme pattizie deve avvenire attraverso l'applicazione di canoni interpretativi propri del diritto internazionale, di cui le regole generali trovano espressione pattizia negli articoli 31, 32 e 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (CVDT), ovvero che possono essere sviluppati con connotazioni specifiche all'interno di determinati regimi pattizi, quali quelli sui diritti umani. In un caso o nell'altro, la ricostruzione dei contenuti e della portata degli obblighi discendenti da un trattato, qualora sia raggiunta dal suo organo di controllo applicando tali regole, è un termine di confronto 'naturale' e utile, sul piano pratico, per il giudice che quel trattato deve applicare. Tuttavia, sul piano giuridico, un vincolo per gli Stati contraenti ad aderire all'interpretazione del trattato assunta dal suo organo di controllo sussiste laddove ciò sia esplicitamente previsto o sia "chiaramente deducibile" dalla base pattizia[51]. In assenza di previsione pattizia, può essere individuato un vincolo orientativo, che consista nell'obbligo per gli organi interni dello Stato contraente di tenere in considerazione l'interpretazione di una norma del trattato quale emerge dalla prassi applicativa dell'organo di controllo, motivando la scelta di accogliere la norma con un'interpretazione diversa. La questione assume peraltro contorni piuttosto fluidi

[50] V. il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e il Protocollo opzionale adottato con risoluzione 63/117 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 2008 (UN Doc. A/RES/63/117) che introduce la procedura delle comunicazioni individuali. Sul Patto e sul Protocollo cfr. L. PINESCHI, "Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali", in *La tutela internazionale dei diritti umani* (a cura di Pineschi), Milano, 2015, p. 129 ss., con richiami alla Carta sociale europea, p. 135 ss.; altresì, F. SEATZU, "Sull'interpretazione del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali: regole, criteri ermeneutici e comparazioni", in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, p. 339 ss.

Il Comitato sui diritti umani, peraltro, com'è noto, esprimendosi sugli obblighi che derivano in capo agli Stati contraenti dal Protocollo facoltativo al Patto internazionale sui diritti civili e politici che istituisce la procedura delle comunicazioni individuali, ha affermato che le "views" da esso adottate costituiscono "authoritative determination" dell'osservanza degli obblighi pattizi da parte degli Stati, in virtù del ruolo conferitogli dal Patto e dal Protocollo facoltativo, e in virtù dell'obbligo di cooperazione discendente in capo agli Stati contraenti dall'applicazione del principio di buona fede nell'esecuzione dei trattati, espresso all'articolo 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (CVDT): General Comment n. 33, *Obligations of State Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR/C/GC/33, 25 giugno 2009, spec. parr. 13 e 15.

[51] G. PALMISANO, "Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni ancora aperte a dieci anni dalle sentenze 'gemelle'", in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018, *www.osservatoriosullefonti.it*, p. 13.

quando il controllo esercitato dall'organo internazionale è di tipo non giurisdizionale e sfocia nell'adozione di pronunce non vincolanti.

Prestando attenzione alla prassi degli organi internazionali, si può notare come la Corte internazionale di Giustizia abbia valorizzato, in un caso, la presenza, nel trattato che essa doveva applicare, di una clausola che espressamente rimandava all'interpretazione di quel trattato proveniente da un organo internazionale[52]. In un altro caso, la stessa Corte ha messo in rilievo il mandato conferito ad un organo di controllo di un trattato, per ritenere di dover prendere in considerazione l'interpretazione del trattato elaborata da tale organo pur non considerandosene vincolata[53].

Nella dottrina internazionalistica, un filone di studio analizza la questione del valore interpretativo delle pronunce degli organi di controllo di tipo non giurisdizionale nel quadro del diritto internazionale dei trattati. Sul piano delle regole internazionali di interpretazione dei trattati[54], vengono in rilievo i recenti lavori della Commissione del diritto internazionale sugli accordi successivi e sulla prassi successiva in relazione all'interpretazione dei trattati[55]. Com'è noto, in base alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, perché si possa individuare un *obbligo* di prendere in considerazione le pronunce di un organo di controllo ai fini dell'interpretazione delle norme del relativo trattato occorre configurare quelle pronunce come "accordi successivi" o "prassi successiva" ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 3, rispettivamente lettere a) e b) della Convenzione. Il Progetto di conclusioni adottato dalla Commissione di diritto internazionale, nel 2018, ribadisce che le pronunce degli organi di

[52] Parere reso il 9 luglio 2004 (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*), *I.C.J. Reports*, 2004, p. 136 ss., par. 97, in riferimento all'art. 142 della Quarta Convenzione di Ginevra, secondo il quale la posizione del Comitato Internazionale della Croce Rossa deve essere «recognized and respected at all times».

[53] Sentenza resa il 30 novembre 2010 (*Ahmadou Sadio Diallo, Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*), *I.C.J. Reports*, 2010, p. 633 ss., parr. 65-67, ove la Corte internazionale di giustizia ha rimarcato la consonanza della propria interpretazione del Patto sui diritti civili e politici e della Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli con quella fornita dai rispettivi organi di controllo.

[54] V., a commento della sentenza della Corte costituzionale italiana n. 120/2018, cit., L. BORLINI, L. CREMA, "Il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali ai fini dell'interpretazione della Carta sociale europea nel diritto internazionale", in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?*, in *Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna* 7/2018, p. 86 ss.).

[55] Risoluzione della Commissione di diritto internazionale sul mandato al Gruppo di lavoro, UN Doc. A/RES/63/123. Per un'approfondita disanima di questi aspetti, v. A. TANCREDI, "La Carta sociale europea come parametro interposto nella recente giurisprudenza costituzionale: novità e questioni aperte", cit., p. 505 ss.

controllo non costituiscono "accordi" o "prassi" ai sensi della disposizione testé menzionata né pertanto mezzi autentici di interpretazione del trattato, perché non sono «expressions of the understanding of the treaties by the parties themselves»[56]. Ad esse, più limitatamente, è riconosciuta una rilevanza indiretta ai fini dell'identificazione di accordi e prassi successivi (degli Stati) nella misura in cui fanno da specchio, danno origine ovvero operano un riferimento a tali accordi e prassi successivi[57]. Ciò varrebbe anche ai fini dell'articolo 32 della Convenzione di Vienna, cui altrimenti potrebbero essere ricondotte le pronunce degli organi di controllo, sui mezzi complementari di interpretazione di cui l'interprete *può* avvalersi, se questi sono definiti, come appare nel documento adottato dalla Commissione di diritto internazionale, unicamente in relazione alla prassi degli Stati[58].

Altri autori riconducono al principio di buona fede nell'esecuzione dei trattati, e alla sua declinazione nell'obbligo di leale collaborazione, vincoli giuridici per gli Stati contraenti che hanno istituito, tramite il trattato, meccanismi di controllo del tipo preso in considerazione. Viene così configurato l'obbligo, per l'organo statale che applica il trattato, di tenere in considerazione la prassi applicativa dell'organo di controllo istituito dal trattato stesso: un obbligo, quindi, a contenuto procedurale, che comporta un onere di motivazione nel caso in cui l'organo interno intenda assumere la norma internazionale con un significato che si discosta dall'interpretazione fornita dall'organo internazionale[59].

Un altro filone della dottrina internazionalistica impegnata a individuare il valore interpretativo della prassi applicativa degli organi di controllo di tipo non giurisdizionale pone al centro della riflessione la funzione e l'operato di questi organi[60]. L'osservazione di partenza è che gli

[56] Progetto di conclusioni adottato in seconda lettura il 10 agosto 2018, *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries*, UN Doc. A/73/10, p. 11 ss., Commento alla conclusione n. 3 (par. 11, p. 26).

[57] Ivi, Conclusione n. 13, "Pronouncements of expert treaty bodies".

[58] Ivi, Conclusione 4, par. 3.

[59] In questo senso, D. AMOROSO, "Sull'obbligo della Corte costituzionale italiana di 'prendere in considerazione' le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali", in *La normativa italiana sui licenziamenti*, cit., p. 81 ss.

[60] In questa prospettiva, v. l'analisi ed i riferimenti dottrinali in D. SHELTON, "The legal status of normative pronouncements of human rights treaty bodies", in *Coexistence, cooperation and solidarity, Liber amicorum Rüdiger Wolfrum* (a cura di Hestermeyer *et al*.), Leiden-Boston, 2012, p. 553 ss.; con riferimento al Comitato europeo dei diritti sociali, S. FORLATI, "Corte costituzionale e controllo internazionale. Quale ruolo per la 'giurisprudenza' del Comitato europeo dei diritti sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?", in *La normativa italiana sui licenziamenti*, cit., p. 67 ss.

Stati che negoziano un trattato sulla tutela dei diritti umani non solo concordano sulle disposizioni sostanziali ma contestualmente decidono anche, in molti casi, di istituire organi e meccanismi preposti alla supervisione della corretta e adeguata attuazione degli obblighi di tutela ivi previsti. Il controllo esercitato da questi organi è improntato a un'analisi giuridica dell'applicazione dei trattati da parte degli Stati contraenti, in cui il contenuto delle disposizioni del trattato viene elaborato ad uno stadio più avanzato e preciso rispetto al testo pattizio, redatto sovente in termini ampi e vaghi[61]. In questa prospettiva, l'interpretazione delle disposizioni del trattato è inerente alle funzioni attribuite al suo organo di controllo, poiché questi, per compiere il proprio mandato, va a esplicitare, determinare, chiarire la portata delle disposizioni del trattato. Nella prassi, peraltro, gli organi di controllo hanno sviluppato la propria missione mettendo in atto tecniche e argomentazioni di stampo giurisdizionale, al punto che alcuni parlano di procedure 'quasi giurisdizionali' e di '*soft law jurisprudence*'[62]. Una parte della dottrina riconosce così nelle attività dei comitati un importante contributo allo sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani[63].

Alcuni autori analizzano la questione degli effetti giuridici della prassi applicativa di questi organi di controllo dal più ampio punto di vista del processo attraverso cui si articola il contenuto e si afferma il rispetto del diritto internazionale. Per un verso, è stato osservato come l'istituzione per via pattizia dei meccanismi di monitoraggio dell'attuazione degli obblighi assunti comporti anche, da parte degli Stati contraenti, una delega di potere agli organi di controllo quanto all'articolazione del contenuto normativo degli obblighi derivanti dal trattato e l'acquiescenza nei confronti delle procedure che gli organi mettono in atto[64]; si tratterebbe di uno dei processi informali e non scritti attraverso cui gli Stati contraenti lasciano che venga precisato il contenuto non completo degli obblighi attorno a cui si è formato l'accordo, mantenendo nelle loro mani il potere di intervenire tramite modifiche al trattato[65]. Per altro verso, è stato sottolineato come la cooperazione internazionale dal

[61] D. SHELTON, "The legal status of normative pronouncements of human rights treaty bodies", cit., p. 554.

[62] C. LA HOVARY, "The ILO's supervisory bodies' 'soft-law jurisprudence'", in *Research handbook on transnational labour law* (a cura di Blackett e Trebilcock), Cheltenham, 2015, p. 316 ss.

[63] T. BUERGENTHAL *et al*., *International human rights in a nutshell*, St. Paul, 2009, p. 72.

[64] V. gli autori riportati in D. SHELTON, "The legal status of normative pronouncements of human rights treaty bodies", cit., p. 560.

[65] Ivi, p. 574.

Secondo dopoguerra si caratterizzi proprio per la formazione di regimi pattizi in cui i meccanismi di controllo costituiscono parte integrante del sistema di tutela: la realizzazione dello scopo del trattato è perseguita tramite il monitoraggio da parte degli organi di controllo istituiti a tal fine[66]. In quest'ottica, con riguardo agli effetti giuridici dei provvedimenti adottati al termine delle procedure di controllo, alcuni individuano un «enhanced judicial status for the pronouncements of human rights bodies» il quale «reflects the necessity for international accountability of States, to ensure effective promotion and protection of internationally-guaranteed human rights»[67].

Le argomentazioni dottrinali fin qui richiamate a sostegno del riconoscimento di taluni effetti giuridici alle decisioni degli organi di controllo ai fini dell'interpretazione delle disposizioni del relativo trattato trovano effettivi riscontri nel sistema della Carta sociale europea.

Da un lato, con riguardo agli effetti giuridici che possono essere ricondotti alle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali in virtù del dovere di leale collaborazione, è stato notato in dottrina che l'obbligo di "prendere in considerazione" le decisioni del CEDS trova fondamento nel dovere di leale collaborazione, principio cardine nell'ambito dell'organizzazione internazionale che incombe anche ad uno Stato contraente della Carta sociale europea in virtù della sua partecipazione al Consiglio d'Europa (art. 3 dello Statuto del Consiglio)[68].

Dall'altro lato, si nota che il Comitato europeo dei diritti sociali, in linea con la giurisprudenza della Corte EDU, intende la Carta sociale europea quale trattato sui diritti umani, complementare alla CEDU, anche alla luce della Dichiarazione di Vienna del 1993 adottata dalla Seconda Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite sui diritti umani, dedicata ai valori che l'hanno ispirata della dignità, dell'autonomia, dell'uguaglianza e della solidarietà, che occorre interpretare come un *living instrument* per dar vita e significato ai diritti sociali fondamentali[69]. È in quest'ottica che il Comitato, oltre ad articolare il contenuto concreto degli obblighi relativi a ciascuno dei diritti riconosciuti nella Carta, individua la portata di alcune sue specificità, come sopra accennato[70].

[66] Ivi, p. 559.

[67] Ivi, p. 555.

[68] D. AMOROSO, "Sull'obbligo della Corte costituzionale italiana di 'prendere in considerazione' le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali", cit.

[69] Decisione 8 settembre 2004, *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) c. Francia*, reclamo n. 14/2013, par. 17.

[70] *Supra*, par. 1; v. ad es., U. KHALIQ, R.R. CHURCHILL, "The European Committee of Social Rights. Putting Flesh on the Bare Bones of the European Social Charter", in

Nel corso del tempo, il Comitato europeo dei diritti sociali ha rafforzato l'argomentazione giuridica sulla quale poggia le proprie conclusioni e, nel caso delle decisioni adottate in esito alla procedura dei reclami collettivi, ha strutturato ed articolato il testo delle sue pronunce in maniera simile alle sentenze della Corte EDU[71]. Inoltre, si nota un sempre più ricorrente e puntuale riferimento alla tecnica ermeneutica cui il Comitato ha fatto ricorso per svolgere l'analisi giuridica delle disposizioni della Carta applicandole nel caso concreto: il Comitato ritiene che la Carta, in quanto trattato internazionale sui diritti umani, debba essere interpretata alla luce delle regole sull'interpretazione dei trattati, di cui alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, in maniera sistematica, teleologica ed evolutiva[72]. In particolare, il Comitato valorizza la considerazione del più ampio contesto in cui si colloca la Carta, *in primis* la CEDU con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, che il gruppo di esperti qualifica come «source d'interprétation déterminante»[73]. L'esposizione del metodo interpretativo seguito è tanto più articolata quanto più delicate e complesse si presentano le questioni sulle quali il Comitato prende posizione – com'è avvenuto in più pronunce a proposito del novero dei beneficiari della tutela garantita della Carta sociale europea[74] – o per sorreggere un *revirement* interpretativo rispetto alla posizione precedentemente assunta – come si vedrà, ad esempio, proprio con riferimento alla questione venuta in rilievo dinanzi alla Corte costituzionale italiana, relativa alla compatibilità con la Carta del divieto di associazione sindacale per i militari.

Ai fini dell'individuazione del valore interpretativo delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali nell'ordinamento internazionale, rileva altresì l'attitudine della Corte europea dei diritti umani nei confronti della prassi applicativa del gruppo di esperti della Carta. Se, come si è detto, la Carta sociale è il completamento della CEDU e se questa visione ha improntato la prassi del Comitato alla giurisprudenza della

Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law (a cura di Langford), Cambridge, 2008, p. 431 ss.

[71] F. BENOIT-ROHMER, "The Impact of the European Convention of Human Rights on the Jurisdictionalisation of the European Committee of Social Rights", in *Social Rights: Challenges at European, Regional and International Level* (a cura di Aliprantis e Papageorgiou), Bruxelles, 2010, p. 233 ss.

[72] Decisione 7 dicembre 2004, *World Organisation against Torture c. Irlanda*, reclamo n. 18/2003, parr. 60-61; in dottrina, H. CULLEN, "The Collective Complaints System of the European Social Charter: Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights", in *Human Rights Law Review*, 2009, p. 61 ss.

[73] Decisone del 27 gennaio 2016, *European Council of Police Trade Unions c. Francia*, reclamo n. 101/2013, par. 82.

[74] V. *supra*, nota 23.

Corte EDU, dal canto suo la Corte di Strasburgo, nell'applicare la CEDU, ha valorizzato la Carta sociale e la prassi del Comitato[75].

Dove la tutela garantita dalla CEDU incide sui diritti sociali degli individui (direttamente o indirettamente)[76], la Corte EDU tende a ricostruire il contenuto del diritto riconosciuto nella CEDU tenendo in considerazione il relativo diritto sancito nella Carta sociale come inteso dal Comitato, senza però ritenersene vincolata. La Corte di Strasburgo considera il CEDS un organo «particularly well-qualified», con specifico riguardo alle decisioni adottate sui reclami collettivi alla luce della competenza conferitagli dal Protocollo[77]. Il valore interpretativo delle pronunce del Comitato è asserito peraltro anche in sentenze indirizzate a Stati che non abbiano accettato le disposizioni della Carta relative al diritto che trova garanzia anche nella CEDU ed è oggetto del sindacato della Corte, così come a Stati che non abbiano ratificato il Protocollo sui reclami collettivi; ciò in quanto, secondo la Corte EDU, il valore interpretativo dell'opera del Comitato appare «to be generally accepted by the States and by the Committee of Ministers» ed è «certainly accepted by the Court»[78]. Ad esempio, vari aspetti della libertà di riunione e di associazione di cui all'articolo 11 CEDU, relativamente alla libertà sindacale, sono stati ricostruiti dalla Corte EDU proprio alla luce degli articoli 5 e 6 della Carta rispettivamente sui diritti sindacali e sui diritti di contrattazione collettiva, come delineati dal Comitato nella sua prassi applicativa[79]. A sua volta, come si vedrà, il Comitato ha motivato l'evoluzione

[75] G. MALINVERNI, "The Court of European Human Rights, the protection of social rights, its relationship with the European Committee of Social Rights", in *European Social Charter and the challenges of the XXI century*, cit., p. 98 ss.

[76] La CEDU tutela diritti sociali direttamente (in particolare, art. 4, par. 2 sul lavoro forzato; art. 8 sul rispetto della vita famigliare; art. 8 e art. 1 del Protocollo n. 1 sul diritto ad un riparo; art. 11 sulla libertà di associazione; art. 1 del Protocollo n. 1 sul diritto alla sicurezza sociale e previdenziale) o indirettamente (ad es., art. 6 e tutela dai licenziamenti illegittimi, sentenza 14 settembre 1999, *Saggio c. Italia*, ricorso n. 41879/98; art. 8 e diritto alla salute). Cfr. sentenza 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, ricorso n. 6289/73. In dottrina, tra altri, F. SUDRE, "La 'perméabilité' de la Convention européenne des droits de l'homme avec les droits sociaux", in *Pouvoir et Liberté : études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, 1998, p. 467 ss.

[77] Sentenza 21 febbraio 2006, *Tüm Haber Sen e Çinar c. Turchia*, ricorso n. 28602/95, par. 39.

[78] Sentenza 8 aprile 2014, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, ricorso n. 31045/2010, par. 94.

[79] Spec. sentenze 27 ottobre 1975, *Syndicat national de la police belge c. Belgio*, ricorso n. 4464/70, par. 38; 12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia*, ricorso n. 34503/97, parr. 50, 77, 84, 149; *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, cit., parr. 35-37, 40, 98; 21 aprile 2014, *Junta Rectora c. Spagna*, ricorso n. 45892/09, parr. 16 e 40; 2 ottobre 2014, *Matelly c. Francia*, ricorso n.

della propria lettura di alcuni aspetti di questi diritti nella Carta in riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sugli stessi diritti nell'ambito della CEDU[80].

Questo approccio è espressione dell'interpretazione sistematica degli strumenti pattizi in materia di diritti umani assunta dagli organi internazionali preposti al controllo dell'applicazione di tali strumenti, attraverso un dialogo indiretto tra tali organi[81]. Nell'ambito regionale europeo, la reciprocità dell'approccio, il dialogo 'a distanza' tra giudici ed esperti che siedono a Strasburgo assume un particolare rilievo alla luce della complementarietà dei relativi strumenti convenzionali[82]. Esso conduce ad un avvicinamento delle stesse pratiche 'giurisprudenziali' dei due organi di controllo[83] ed è veicolo di 'sinergia normativa' della CEDU e della Carta sociale nella tutela dei diritti umani. Questi effetti sul piano internazionale richiedono adeguata considerazione da parte degli Stati contraenti ai fini dell'interpretazione internazionalmente orientata del diritto interno e della stessa corretta applicazione degli obblighi pattizi assunti ratificando la CEDU e la Carta sociale.

Non è certamente possibile in questa sede effettuare una ricognizione della prassi degli altri Stati contraenti la Carta sociale europea con riguardo al valore giuridico delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali[84]. Le più ampie indagini disponibili sulle posizioni degli Stati

10609/10, parr. 28, 31-33, 74; 2 ottobre 2014, *ADefDroMil c. Francia*, ricorso n. 32191/09, parr. 20 e 59. Sul dialogo tra Corte EDU e Comitato nell'elaborazione del contenuto di altri diritti, v. J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, "Le dialogue entre le CEDS et la CEDH en matière professionnelle", in *Revue de droit du travail*, 2014, p. 359 ss.

[80] V. *infra*, nota 99.

[81] Anche rispetto a sistemi di tutela che non vigono nei confronti degli stessi Stati: v., ad es., Corte interamericana dei diritti umani, sentenza 15 settembre 2005, *Mapiripán Massacre v. Colombia*, par. 106.

[82] In dottrina, v. A. GUAZZAROTTI, "La Corte EDU come contrappeso: alla ricerca di sinergie tra Convenzione, Carta Sociale e OIL", in *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali* (a cura di Borelli, Guazzarotti e Lorenzon), Napoli, 2012, p. 127 ss.

[83] G.T. CHATTON, "L'harmonisation des pratiques jurisprudentielles de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité européen des droits sociaux: une évolution discrète", in *L'harmonisation internationale du droit* (a cura di Chappuis, Kadner Graziano e Foëx), Zurigo, 2007, p. 45 ss.; G. MALINVERNI, "La Cour européenne des droits de l'homme et le Comité européen des droits sociaux : rapprochements et convergences", in *Neue Herausforderungen und Perspektiven für den Schutz der Menschenrechte. Kolloquium zu Ehren von Professor Dr. Luzius Wildhaber* (a cura di Ehrenzeller *et al*.), San Gallo/Zurigo, 2008, p. 3 ss.

[84] G. GORI, "Domestic enforcement of the European Social Charter: the Way Forward", in *Social Rights in Europe*, cit., p. 69 ss.; S. EVJU, "Application by Domestic Courts of the European Social Charter", in *Nordic Journal of Human Rights*, 2010, p. 401 ss.; J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, "La aplicación de la Carta social europea por los organos

sul valore delle pronunce dei cd. *treaty bodies* e dei riflessi nei rispettivi ordinamenti interni tratteggiano peraltro un panorama variegato, tanto in ambito regionale quanto in ambito universale[85].

4. (Segue): *la posizione della Corte costituzionale italiana sul valore delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali ai fini dell'interpretazione della Carta sociale europea*

Attratta nello schema del parametro interposto di costituzionalità, la Carta sociale europea può essere interessata da un plurimo momento applicativo nei giudizi interni italiani: da parte dei giudici comuni e da parte della Corte costituzionale. In prima battuta, com'è noto, secondo la ricostruzione operata dalla Corte costituzionale nelle sentenze 'gemelle' del 2007, «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme» alla disposizione della Carta sociale che conferisce contenuto al parametro posto dall'articolo 117, primo comma, della Costituzione[86]. Se il giudice comune non riesce a comporre un eventuale contrasto tra la norma interna e quella della Carta sociale sul piano interpretativo, spetterà alla Corte costituzionale pronunciarsi sulla sussistenza di un contrasto, andando ad appurare l'impossibilità di sanare il contrasto in via interpretativa, accertare la compatibilità della norma della Carta so-

jurisdiccionales de los Estados Partes", in *Tratado sobre Protección de Derechos Sociales*, cit., p. 269 ss.; M SALCEDO BELTRÁN, "Effectividad de la Carta social europea en las instancias judiciales españolas: 'controlo de convencionalidad' *versus* 'control de constitucionalidad'", in *La normativa italiana sui licenziamenti*, cit., p. 135 ss., p. 148 ss.

[85] Si v., International Law Association, *Final Report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies*, in *Report of the seventy-first Conference of the International Law Association, Berlin 21-24 August 2004*, London, 2004, p. 626 ss., spec. parr. 18, 21-24, e *Final Report on the domestic implementation of judgements/decisions of courts and other international bodies that involve international human rights law*, in *Report of the seventy-seventh Conference of the International Law Association, Johannesburg August 2016*, London, 2016, p. 284 ss., spec. parr. 12, 23, 35; M. KANETAKE, "UN human rights treaty monitoring bodies before domestic courts", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2018, p. 201 ss.

Tra gli Stati contraenti la Carta sociale vengono in rilievo le posizioni del Tribunal constitucional spagnolo (sentenza 10 aprile 2018, n. 31, punto 4 dei *Fundamentos juridicos*, BOE n. 124, maggio 2018) e del Bundesverfassungsgericht (ordinanza del 26 luglio 2016, 1 BVL 8/15; www.bverfg.de/e/ls20160726_1bvl000815en.html, par. 90: «the Committee [on the Rights of Persons with Disabilities] has not been given the mandate to bindingly interpret the text of the Convention. When interpreting the Convention, a national court should, however, deal in an argumentative way and in good faith with the opinions of a competent international treaty body; it does not, however, have to endorse them»).

[86] Sentenza n. 349/2007, cit., punto 6.2 del Considerato in diritto.

ciale con il dettato costituzionale e, nel caso di esito positivo, verificare «la legittimità della norma censurata con la stessa norma interposta»[87]. In tali operazioni, il giudice italiano andrà a considerare le disposizioni della Carta sociale rilevanti nel caso specifico, dovendo individuare il contenuto e la portata che gli obblighi da queste discendenti assumono nell'ordinamento internazionale. Infatti, dalla posizione sovraordinata alla legge conferita al trattato internazionale in forza dell'art. 117, 1° c., Cost., che è un'applicazione del principio di conformità dell'ordinamento italiano al diritto internazionale, discende «il vincolo giuridico all'interpretazione del diritto interno in modo conforme al trattato … nel significato che è proprio nel suo ordinamento giuridico»[88].

Un apporto di rilievo delle sentenze n. 120 e n. 194 della Corte costituzionale riguarda proprio il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali ai fini dell'individuazione del significato delle norme della Carta da parte del giudice interno, anche perché la Corte non si era fino ad allora espressa sugli effetti delle decisioni degli organi di controllo dei trattati (sui diritti umani) di natura non giurisdizionale. La Corte asserisce il carattere autorevole delle decisioni del Comitato ma al contempo esclude che queste vincolino i giudici nazionali «nell'interpretazione della Carta»[89]. Alcun tipo di effetti giuridici è invero esplicitamente ricondotto alle decisioni del Comitato ai fini dell'applicazione della Carta sociale sul piano interno, non enunciando la Corte neanche un obbligo procedurale per i giudici interni di tenerle in considerazione. Come risulterà da un'analisi più specifica delle due pronunce, peraltro, la posizione della Corte costituzionale è più sfumata di quanto appaia in superfice.

La recente giurisprudenza costituzionale traccia in ogni caso una netta distinzione tra la prassi applicativa del Comitato europeo dei diritti sociali e la giurisprudenza della Corte EDU, quanto al valore interpretativo per il giudice italiano che applichi il relativo trattato. Nella sentenza n. 120 la Corte costituzionale rimarca l'assenza nella Carta sociale e nel Protocollo sui reclami collettivi di disposizioni equivalenti all'articolo 32 CEDU, che «riserva il potere interpretativo» alla Corte EDU, e all'articolo 46 CEDU, che «fonda l'autorità di *res judicata* delle sentenze rese dalla Corte EDU relativamente allo/agli Stato/Stati in causa ed alla controversia decisa dalla Corte stessa»[90]. Nel complesso, la Corte costi-

[87] Sentenza n. 348/2007, cit., punto 4.7 del Considerato in diritto.

[88] F. SALERNO, "La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura", cit., p. 10.

[89] Sentenza n. 120/2018, cit., punto 13.4 del Considerato in diritto.

[90] Ivi, punti 9 e 13.4. Sulla portata dell'articolo 32 CEDU, ai sensi del quale la

tuzionale esclude espressamente che possa «trovare applicazione quanto [affermato] nella sentenza n. 348 del 2007: «Poiché [...] le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata»[91]. In effetti, in quella sentenza la Corte costituzionale aveva individuato in capo alla Corte EDU una «funzione interpretativa eminente [riconosciutale dagli Stati contraenti], contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia» (ponendosi nel solco delle riflessioni dottrinali accennate *supra*, par. 3)[92].

Si tratta di uno dei passaggi più critici della giurisprudenza costituzionale in esame. Puntualmente, in dottrina, è stato obiettato come l'assenza dell'efficacia di *res judicata* delle pronunce del CEDS «non è di per sé idonea ad escludere che tali decisioni spieghino ulteriori, seppur limitati, effetti giuridici»[93] e come d'altronde nel sistema della Carta la funzione di valutare sul piano giuridico la conformità del comportamento degli Stati al trattato sia conferita in via esclusiva al Comitato europeo dei diritti sociali[94]. Individuando il fondamento della propria posizione nella lettera del trattato, andando cioè a valorizzare l'elemento consensualistico dello Stato contraente a sottoporsi all'esame di un organo internazionale nei termini testuali in cui è previsto nel trattato di riferimento[95], la Corte costituzionale non aderisce alle posizioni più sopra richiamate, che invece riconducono determinati effetti giuridici alla prassi applicativa degli organi di controllo istituiti da trattati, alla luce della funzione loro attribuita e delle caratteristiche che assume la loro attività ovvero del principio dell'esecuzione dei trattati in buona fede.

Nonostante l'enunciazione di questa posizione, in entrambi i giudizi

competenza della Corte EDU «si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli», cfr. sentenze n. 348/2007, punto 4.6 e n. 349/2007, punto 6.2 dei Considerato in diritto. In senso critico nei confronti dell'individuazione, in base all'articolo 32 CEDU, di un "monopolio interpretativo" in capo alla Corte EDU, v. F.M. PALOMBINO, "Sul monopolio interpretativo (o presunto tale) della Corte europea dei diritti umani", in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018, www.osservatoriosullefonti.it.

[91] Sentenza n. 120/2018, cit., punto 13.4 del Considerato in diritto.

[92] Cfr. G. PALMISANO, "Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi", cit., pp. 13-14.

[93] D. AMOROSO, "Sull'obbligo della Corte costituzionale italiana di 'prendere in considerazione' le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali", cit., p. 83.

[94] S. FORLATI, "Corte costituzionale e controllo internazionale", cit., pp. 75-76.

[95] Come osservato da Luigi Crema nel suo intervento al Seminario "L'attuazione in Italia delle pronunce degli organi internazionali di garanzia dei diritti umani. Criticità e lacune", tenutosi all'Università di Parma il 6 maggio 2019.

dinanzi a sé la Corte costituzionale fa riferimento alla prassi applicativa del Comitato relativa alle norme della Carta evocate dai giudici rimettenti con funzione di parametro interposto.

Nella sentenza n. 120, la Corte costituzionale supera parzialmente una propria restrittiva giurisprudenza, risalente al 1999, sulla norma legislativa allora in vigore che poneva un divieto assoluto di associazione sindacale per gli appartenenti alle forze armate. La Consulta giunge a diverse conclusioni nel 2018 alla luce, unicamente, delle sentenze *Matelly* ed *ADefDromil* della Corte EDU, intervenute nel 2014, in cui la *formazione di associazioni sindacali* è collocata tra gli elementi essenziali – perciò incomprimibili, anche nei confronti dei militari – del diritto alla libertà di associazione tutelato dalla CEDU. Sul punto, la Corte costituzionale riconosce l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato della Corte di Strasburgo[96], cui ritiene di dover conformare la protezione del medesimo diritto nella Costituzione italiana: la legislazione italiana risulta così costituzionalmente illegittima per la parte in cui vieta ai militari di *formare proprie associazioni sindacali*[97]. Sul divieto per i militari di *aderire ad altre* associazioni sindacali, invece, la Corte costituzionale rileva che la Corte EDU non è ancora stata chiamata a pronunciarsi e afferma comunque che il divieto non le appare «incompatibile con il testo della disposizione di riferimento, come interpretato in via generale dalla giurisprudenza [della Corte EDU], non comportando il venir meno di un elemento essenziale della libertà di associazione»[98]. La Consulta ravvisa al contempo una similarità testuale tra le disposizioni rilevanti della Carta sociale (art. 5) e della CEDU (art. 11), alla luce della quale assume per il diritto protetto dalla Carta lo stesso significato conferito dalla Corte EDU al corrispondente diritto tutelato dalla CEDU. La Corte costituzionale non considera che il Comitato europeo dei diritti sociali ha compiuto un vero e proprio *revirement* sull'interpretazione della lettera dell'articolo 5 della Carta, abbandonando la propria storica posizione sulla compatibilità con tale disposizione del divieto assoluto di associazione sindacale per le forze armate, per allinearsi invece alla giurisprudenza *Matelly* della Corte EDU con la decisione sul merito *CEPS c.*

[96] Sentenza n. 120/2018, cit., punto 8.1: la Corte costituzionale giudica le sentenze *Matelly*, *ADefDroMil*, *Junta Rectora* della Corte EDU (cit.) espressione di un «approdo giurisprudenziale stabile», elaborato a partire dalla sentenza *Demir e Baykar* (cit.), nella scia della giurisprudenza sul vincolo derivante dai *soli* orientamenti interpretativi consolidati della Corte di Strasburgo, affermatasi a partire dalla sentenza depositata il 26 marzo 2015, n. 49 (punto 7 del Considerato in diritto).

[97] Ivi.

[98] Ivi, punto 13.1 del Considerato in diritto.

Francia del 2016[99]. La Corte costituzionale, piuttosto, allude implicitamente alla decisione sul merito *EUROMIL c. Irlanda*, adottata dal Comitato a fine 2017, nelle more del giudizio di costituzionalità, in cui il Comitato colloca anche l'*adesione ad altre associazioni sindacali* nel nucleo incomprimibile del diritto tutelato dall'articolo 5 della Carta[100]. La Corte costituzionale non segue il Comitato nella ricostruzione ampia del diritto di associazione sindacale dei militari, negando valore interpretativo vincolante alle decisioni del Comitato «tanto più se l'interpretazione estensiva proposta non trova conferma nei nostri principi costituzionali»[101].

Si nota in proposito come nella sentenza n. 120 la norma della CEDU così come interpretata dalla Corte EDU contribuisca, in funzione di parametro 'interposto', ad innalzare il livello di tutela costituzionalmente garantita dei diritti umani, in questo caso la libertà sindacale dei militari, in un processo di "osmosi verso l'alto"[102]. La Corte costituzionale individua, rispetto alla propria precedente giurisprudenza, un 'nuovo' punto di equilibrio nel bilanciamento dei valori costituzionali in raffronto (la tutela del diritto fondamentale in questione, da un lato, e i caratteri di coesione interna e neutralità dell'ordinamento militare, dall'altro[103]). Identificato tale bilanciamento, viene sacrificato il maggior livello di tutela della libertà sindacale per gli appartenenti alle forze armate che è invece ricostruito nell'ambito della Carta sociale europea da parte del suo organo di controllo. Se la Corte costituzionale avesse assunto l'articolo 5 della Carta sociale nel significato ricostruito dal Comitato europeo dei diritti sociali nella decisione *EUROMIL*, sarebbe probabilmente dovuta giungere a risultati infausti in sede di prima applicazione a questo trattato dello schema del parametro interposto *ex* art. 117, 1° c., Cost. Infatti, nel giudizio di costituzionalità, la Corte opera "ragionevole bilanciamento" tra il valore internazionalistico e gli altri valori tutelati nel testo costituzionale, che può portare, in caso di prevalenza di questi, alla dichiarazio-

[99] Cit., spec. parr. 82-84. Tra la sentenza *Matelly* e la decisione sul merito *CEPS c. Francia* è dunque sussistito uno scostamento tra le posizioni della Corte EDU e del Comitato quanto al contenuto essenziale della libertà sindacale dei militari; cfr. S. GAMBARDELLA, "Lectures différenciées de la liberté syndicale des militaires en droit européen", in *La Revue des droits de l'homme*, 2016, https://journals.openedition.org/revdh/1888.

[100] Decisione 12 settembre 2017, *Organisation européenne des associations militaires (EUROMIL) c. Irlanda*, reclamo n. 112/2014, par. 56.

[101] Sentenza n. 120/2018, cit., punto 13.4 del Considerato in diritto.

[102] F. SALERNO, "La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura", cit., p. 22 ss.

[103] Sentenza n. 120/2018, cit., punto 3 del Considerato in diritto.

ne dell'inidoneità della norma convenzionale a integrare il parametro ed alla sua 'espunzione' dall'ordinamento[104]. L'esclusione del significato più estensivo ricostruito dal Comitato per il diritto di associazione degli appartenenti alle forze armate permette, in fondo, di 'salvare' la Carta sociale (*rectius*, la legge italiana di ratifica ed esecuzione della Carta sociale riveduta limitatamente alla rilevante disposizione del trattato evocata per dare concretezza al parametro dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione) da un giudizio di incompatibilità costituzionale. Tale esito è però scongiurato tramite un'interpretazione autonoma del trattato internazionale, come è stato criticamente rilevato in dottrina[105]; la Corte costituzionale avrebbe senz'altro potuto discostarsi dalla ricostruzione del contenuto dell'articolo 5 della Carta sociale da parte del Comitato europeo dei diritti sociali, motivando adeguatamente la propria posizione in base alle regole interpretative del diritto internazionale[106].

La Carta sociale europea, nella ricostruzione datane dal suo organo di controllo, appare invece, benché velatamente, presa in considerazione "al più alto livello possibile" nel circuito costituzionale di garanzia dei diritti fondamentali[107] nella successiva sentenza della Corte costituzionale n. 194 sulla tutela dei lavoratori contro licenziamenti illegittimi. Con riferimento a parametri costituzionali 'endogeni' a tutela dell'uguaglianza e del lavoro, la Consulta rileva in particolare l'irragionevolezza della norma censurata, «sotto il profilo dell'idoneità dell'indennità [prevista] a costituire un *adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo* e un'*adeguata dissuasione* del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente»[108], e appoggia l'argomentazione su propria precedente giurisprudenza[109]. Nel considerare il parametro 'esogeno' offerto dalla Carta sociale, il cui articolo 24

[104] Cfr. P. IVALDI, "L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale (e dell'Unione europea)", cit., pp. 173-174.

[105] Secondo D. RUSSO, "I trattati sui diritti umani nell'ordinamento italiano alla luce delle sentenze n. 120 e 194 del 2018 della Corte costituzionale", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 155 ss., p. 162, la Corte segue un approccio metodologico «basato sulla radicale rinuncia a leggere il parametro internazionale alla luce dei criteri interpretativi propri del diritto internazionale e, in particolare, degli elementi valorizzati dall'organo di controllo».

[106] L'evocazione da parte della Corte costituzionale della similarità testuale tra le disposizioni conferenti della CEDU e della Carta, già menzionata, non sembra sufficiente a qualificare la ricostruzione del contenuto della Carta come sistematica, con riferimento alla CEDU.

[107] F. SALERNO, "La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura", cit., p. 23.

[108] Sentenza n. 194/2018, cit., punto 12 del Considerato in diritto (corsivo aggiunto).

[109] Ivi, punti 12.1, 12.2 (v. altresì 12.3) del Considerato in diritto.

sancisce il diritto a una tutela in caso di licenziamento, la Corte costituzionale individua il contenuto di questa norma rifacendosi alla prassi interpretativa del Comitato europeo dei diritti sociali: – nella rielaborazione del giudice costituzionale italiano – «l'indennizzo è congruo se è tale da assicurare un *adeguato ristoro per il concreto pregiudizio subito dal lavoratore licenziato senza un valido motivo* e da *dissuadere il datore di lavoro* dal licenziare ingiustificatamente»[110]. La Corte sottolinea che «[a] ben vedere, l'art. 24 ... specifica sul piano internazionale, … l'obbligo di garantire l'adeguatezza del risarcimento, in linea con quanto affermato da questa Corte sulla base del parametro costituzionale interno dell'art. 3 Cost.»[111]. Nella sentenza, dunque, sono state mantenute sedi separate per ricostruire la tutela riconosciuta da parametri costituzionali unicamente interni e la tutela internazionalmente garantita. Tuttavia, la pressoché identica formulazione cui ricorre la Corte costituzionale per definire il parametro 'endogeno' e richiamare il parametro 'esogeno' suggerirebbe che l'uno abbia rafforzato la ricostruzione dell'altro. Non a caso, a fronte di tutele del diritto risultate invero *coincidenti*, la Corte osserva che «[s]i realizza … un'integrazione tra fonti e … tra le tutele da esse garantite» richiamando altresì la propria giurisprudenza secondo cui «[i]l risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno *positivo*»[112].

Ai fini che qui interessano, di individuare la rilevanza delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali nell'ordinamento giuridico italiano, dalla lettura della sentenza n. 194 emerge l'impressione che l'accento sia stato posto, più che sull'assenza di vincolo interpretativo, sull'autorevolezza delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, tanto più significativamente se si considera che nella decisione richiamata dalla Corte costituzionale il Comitato non si era espresso nei confronti dell'Italia bensì di un altro Stato contraente. L'approccio rinvenibile in questa seconda sentenza potrebbe essere inteso come una 'correzione' dell'attitudine 'unilateralista' mostrata nel primo giudizio, lasciando intravvedere uno spiraglio verso un'accresciuta rilevanza delle pronunce del Comitato ai fini dell'applicazione della Carta da parte del giudice ita-

[110] Ivi, punto 14 del Considerato in diritto. Cfr. i termini utilizzati dal CEDS, secondo cui una "adequate compensation" è «commensurate with the loss suffered and sufficiently dissuasive» (decisione 8 settembre 2016, *Finnish Society of Social Rights c. Finlandia*, reclamo n. 106/2014, parr. 45-46).

[111] Ivi.

[112] Ivi, in cui è citato il punto 7 del Considerato in diritto della sentenza 16 novembre 2009, n. 317. La Carta sociale contiene una clausola di salvaguardia della tutela più elevata garantita dal diritto interno o da altre fonti internazionali (art. 32, Carta del 1961; art. H, Carta riveduta).

liano competente. Oppure, non si tratterebbe d'altro che dell'espressione di un atteggiamento strumentale della Corte costituzionale, la quale, aderendo alla portata del binomio "non vincolanti, autorevoli", si concede la facoltà di accentuare rispettivamente l'uno o l'altro carattere, così da non avvalorare l'interpretazione del Comitato oppure aderendovi, a seconda che questa contrasti o assecondi una posizione autonomamente individuata. Anche con riguardo a questo profilo, le sentenze di 'apertura' alla Carta sociale europea prospettano l'avvio di un percorso giurisprudenziale che potrà essere ulteriormente articolato.

Un'ultima considerazione attiene alle sinergie tra la CEDU e la Carta sociale che si manifestano in via interpretativa sul piano internazionale (v. *supra*, par. 3), per i riflessi che si producono nel quadro emergente dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Nonostante che, dal lato teorico, la posizione espressa dalla Corte costituzionale distingua nettamente il valore giuridico delle decisioni del Comitato e delle sentenze della Corte EDU ai fini dell'interpretazione, rispettivamente, della Carta sociale europea e della CEDU, dal lato pratico il contributo del Comitato alla ricostruzione del contenuto dei diritti umani tutelati dalla Carta può 'entrare' nell'ordinamento interno per via mediata. Innanzitutto, tale contributo può arrivare 'incorporato' nel contenuto normativo assegnato ai diritti garantiti dalla CEDU. Se infatti, nell'applicare la CEDU, il giudice interno deve conformarsi all'interpretazione che ne emerge in una consolidata giurisprudenza della Corte EDU, quando tale indirizzo giurisprudenziale stabile si formi anche prendendo in considerazione e valorizzando i corrispondenti diritti della Carta sociale nella ricostruzione che ne è data dal Comitato, quest'ultima risulterà incorporata nel contenuto che il giudice italiano dovrà assegnare al diritto umano con riferimento alla CEDU. È però anche possibile che l'interpretazione della Carta sociale da parte del suo organo di controllo rilevi per il giudice interno nei confronti della stessa Carta, se il giudice individua il contenuto normativo dei diritti riconosciuti in questo trattato in maniera sistematica, prendendo specialmente in considerazione il corrispondente diritto nella CEDU così come interpretato dalla Corte EDU. Certamente, la rilevanza indiretta che possono trovarsi ad assumere le pronunce del Comitato nei giudizi interni (in Italia), secondo i meccanismi appena ricostruiti, incontra limiti precisi: essa si può produrre nei casi in cui la CEDU si sovrapponga normativamente alla Carta sociale, e solo in presenza di un orientamento giurisprudenziale stabile della Corte EDU, stante l'attuale linea della Corte costituzionale sul vincolo interpretativo della giurisprudenza di Strasburgo.

5. Il ruolo del giudice interno nel "dialogo costruttivo" sull'applicazione della Carta sociale europea tra il Comitato europeo dei diritti sociali e lo Stato italiano

La Carta sociale europea riceve, con la giurisprudenza presa in esame, pieno riconoscimento da parte della Corte costituzionale italiana quale fonte di obblighi nell'ordinamento italiano che vincolano il legislatore ai sensi del primo comma dell'articolo 117 della Costituzione, quindi con lo stesso rango degli obblighi derivanti dalla Convenzione europea dei diritti umani. Allo stesso tempo, le diversità tra il meccanismo di controllo internazionale di cui è corredata la Carta sociale e il meccanismo giudiziario della CEDU inducono la Corte costituzionale a riconoscere autorevolezza alle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali ma a escludere che queste vincolino il giudice interno che applica la Carta nella ricostruzione del contenuto e della portata normativa delle disposizioni di questo trattato, a differenza del valore riconosciuto agli orientamenti interpretativi consolidati della Corte EDU in riferimento alla CEDU. Per i profili che pone in rilievo, la recente giurisprudenza costituzionale sulla Carta sociale europea costituisce una tappa significativa in un cammino più ampio, tanto sul novero dei trattati internazionali coperti dalla garanzia costituzionale di cui al primo comma dell'articolo 117 della Costituzione quanto sul valore giuridico delle pronunce dei cd. *treaty bodies* preposti al controllo internazionale dell'applicazione di molti trattati (sui diritti umani).

La recente giurisprudenza costituzionale appare suscettibile di dare 'nuova vita' alla Carta sociale europea nei giudizi interni in Italia, essendo al contempo manifestazione di una crescente attenzione per l'applicazione della Carta sociale europea da parte italiana: a livello interno, nei richiami operati dalle parti in giudizio e dai giudici di merito; a livello internazionale, nel ricorso alla procedura dei reclami collettivi nei confronti dell'Italia da parte di confederazioni sindacali e organizzazioni non governative europee e di associazioni sindacali italiane, in alcuni casi sulla stessa normativa portata al vaglio del giudice comune e della Consulta.

Si può a tal proposito osservare che l'affermazione dell'idoneità della Carta sociale europea a fungere da parametro interposto della legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge è suscettibile di incidere sull'evocazione di questo trattato nei giudizi interni ai fini della tutela dei diritti economici e sociali dell'individuo: la giurisprudenza costituzionale presa in esame evidenzia la disponibilità di questa fonte 'esterna' come riferimento dell'interpretazione internazio-

nalmente conforme del diritto interno, ovvero della contestazione della compatibilità della normativa italiana con la Costituzione (art. 117, 1° c., Cost.), ove ne operino le condizioni. In questo quadro, l'attitudine mostrata dalla Corte costituzionale verso la prassi applicativa del Comitato europeo dei diritti sociali potrà influire sull'opera di ricognizione del significato delle disposizioni della Carta da parte dei giudici italiani, in particolare lasciando loro più flessibilità nell'operare l'interpretazione internazionalmente orientata del diritto interno. Peraltro, il ricorso all'interpretazione sistematica della CEDU e della Carta sociale operato dai rispettivi organi di controllo, la convinta considerazione da parte della Corte EDU del valore della prassi applicativa del Comitato europeo dei diritti sociali a fini interpretativi della Carta sociale, insieme agli effetti giuridici ricondotti alla giurisprudenza della Corte EDU nell'ordinamento italiano, aprono potenzialmente la strada all'assunzione da parte del giudice interno di un contenuto dei diritti economici e sociali internazionalmente tutelati alla cui ricostruzione abbia contribuito anche il Comitato europeo dei diritti sociali.

Le peculiarità del sistema di controllo di cui è corredata la Carta sociale europea, in particolare, condizioneranno modalità e limiti dell'utilizzo di questo trattato quale strumento di tutela dei diritti umani che trova copertura costituzionale nell'articolo 117, primo comma, della Costituzione.

In un meccanismo internazionale di controllo che non è improntato alla sussidiarietà rispetto alla tutela giudiziaria interna, nel "dialogo costruttivo" tra Comitato europeo dei diritti sociali e Stato contraente si inserisce anche l'interlocuzione, a distanza, tra Comitato e organi del potere giudiziario dello Stato. Con specifico riferimento all'Italia, le peculiarità del sistema di controllo della Carta sociale permettono in alcuni casi il verificarsi di una coincidenza di oggetto, nella valutazione della conformità della condotta statale agli obblighi discendenti dalla Carta da parte del Comitato, da un lato, e nell'interpretazione conforme del diritto interno alla Carta da parte del giudice italiano ovvero il giudizio accentrato di costituzionalità delle leggi da parte della Corte costituzionale, dall'altro lato (producendo, in pratica, una situazione simile a quella in cui la Corte EDU si pronuncia su violazioni 'strutturali' della CEDU). Nei casi già verificatisi in cui medesime norme legislative sono state oggetto di scrutinio sui due piani, internazionale e interno, viene in risalto come, da una parte, la Consulta non abbia atteso l'adozione della pronuncia del Comitato sul reclamo collettivo pendente per emettere il proprio giudizio di costituzionalità, e, dall'altra parte, il Comitato abbia considerato le sentenze delle Corte costituzionale nel frattempo intervenute

sulla materia, in ossequio alla regola per cui esso valuta la conformità alla Carta della situazione interna così come questa si presenta al momento della propria pronuncia[113]. In un tale scenario, il giudice comune, in presenza di una ricostruzione del contenuto e della portata degli obblighi della Carta, ovvero di una valutazione di inosservanza della Carta per parte italiana ad opera del Comitato, sarà probabilmente portato a considerare la 'soft law jurisprudence' del Comitato, se non da essa orientato, quando dovesse affrontare l'interpretazione del diritto interno in modo conforme alla Carta sociale europea.

[113] La sentenza n. 120/2018, cit., è stata adottata dalla Corte costituzionale nelle more della procedura del reclamo collettivo n. 140/2016 introdotto nel novembre 2016 dalla *Confederazione italiana del lavoro (CGIL) contro l'Italia*, in cui si lamenta la violazione degli articoli 5 e 6 della Carta riveduta in riferimento alla libertà sindacale della Guardia di Finanza. La decisione sul merito è stata adottata dal Comitato europeo dei diritti sociali il 22 gennaio e resa pubblica il 7 giugno del 2019, tenendo anche conto dell'intervenuta sentenza n. 120/2018 della Corte costituzionale (ivi, parr. 38-40); in linea con la decisione *EUROMIL c. Irlanda*, il Comitato ha ritenuto tra l'altro che il divieto integrale per le forze armate, previsto dalla legislazione italiana e non dichiarato incostituzionale dalla Consulta nella sentenza n. 120/2018, non è conforme all'articolo 5 della Carta (parr. 84-93). Sul fronte della tutela del lavoratore contro il licenziamento illegittimo, v. il reclamo collettivo n. 158/2017 introdotto dalla *CGIL contro l'Italia* nell'ottobre 2017, su cui il Comitato ha adottato la decisione 11 settembre 2019, resa pubblica '11 febbraio 2020, ove la situazione italiana è considerata come emerge dagli interventi legislativi successivi all'introduzione del reclamo della sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale, cit.

PARTE QUINTA

APERTURE, FILTRI E CHIUSURE DELLA CORTE COSTITUZIONALE ALL'APPLICAZIONE GIUDIZIALE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

Presidenza

Marina Castellaneta

COSTITUZIONE E RAPPORTI INTERORDINAMENTALI, TRA LIMITI E CONTROLIMITI, DAL PUNTO DI VISTA DELLA CORTE COSTITUZIONALE*

Antonio RUGGERI**

SOMMARIO: 1. La convergenza dei modelli relativi ai rapporti interordinamentali, con specifico riguardo alla salvaguardia dei diritti fondamentali, e il loro disallineamento ad opera della giurisprudenza (prime notazioni). – 2. Limiti e controlimiti della sovranità e riflessi a carico dei principi fondamentali restanti, apprezzabili alla luce del "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti e, in genere, dell'affermazione della Costituzione come "sistema". – 3. Alcuni punti fermi di ordine teorico-ricostruttivo (in ispecie, il difetto metodico insito nelle ricostruzioni correnti delle vicende della normazione e dei rapporti interordinamentali d'ispirazione formale-astratta) e l'immagine deformata che le Corti danno della Carta di cui ciascuna di esse è garante (e, segnatamente, dà la Consulta della Costituzione) assumendo essere perfetta in sé e per sé e scevra di mende o carenze di sorta. – 4. La flessibilità esibita da certi orientamenti giurisprudenziali delle Corti europee e l'irrigidimento che invece connota quelli della Corte costituzionale (l'illuminante, ma non esaltante, esempio della vicenda *Taricco*). – 5. La manovra di "riaccentramento" posta in essere dal nostro tribunale costituzionale (in particolare, con le sentt. nn. 269 del 2017 e 20 del 2019) e l'effetto *boomerang* che se n'è avuto (e che può ulteriormente aversene) a carico dello stesso e a danno dei diritti. – 6. Il "riaccentramento" del sindacato di costituzionalità sul versante dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, sia pattizio che consuetudinario. – 7. Al tirar delle somme: un'analisi senza conclusione, a motivo del carattere confuso ed opaco delle relazioni interordinamentali, allo stadio ad oggi raggiunto dai loro incerti e sofferti sviluppi, aperti ad imprevedibili esiti.

* Testo rielaborato dell'intervento svolto alla Tavola rotonda su *Di limiti e controlimiti: aperture, filtri e chiusure della Corte costituzionale all'applicazione giudiziale del diritto internazionale ed europeo*, nell'ambito del XXIV Convegno della SIDI su *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Roma 5-6 giugno 2019, alla cui data lo scritto è aggiornato.

** Professore emerito di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina.

1. La convergenza dei modelli relativi ai rapporti interordinamentali, con specifico riguardo alla salvaguardia dei diritti fondamentali, e il loro disallineamento ad opera della giurisprudenza (prime notazioni)

Le relazioni tra gli ordinamenti faticano a trovare un complessivo equilibrio chiaramente delineato e sufficientemente solido e stabile. Fluido è infatti il contesto, attraversato da gravi tensioni e vere e proprie fratture e contraddizioni non rimosse negli indirizzi degli operatori politici; e fluido è altresì il quadro dei rapporti tra gli organi di garanzia (per ciò che qui specificamente importa, Corte costituzionale, giudici comuni, Corti europee) nei quali i tratti suddetti si rispecchiano e riproducono. L'impressione che, a prima vista, si ha è che manchino dei punti fermi di riferimento, che non vi sia cioè una condivisione di fondo in ordine al "modello" al quale ispirarsi e dal quale appunto attingere le regole fondamentali del gioco. È chiaro che ogni Corte ne può legittimamente avere uno diverso, dovendo fare i conti con la disciplina normativa posta a base del modello stesso che è comunque diversa nel passaggio da un ordinamento o sistema normativo all'altro[1]. La Corte dell'Unione ha, infatti, da prestare osservanza alle indicazioni che le sono date dai trattati (in ispecie, da quello di Lisbona), la Corte di Strasburgo a quanto è al riguardo stabilito dalla CEDU, la Corte costituzionale e i giudici comuni dalla Costituzione. L'ipotesi di un seppur parziale disallineamento delle posizioni è, dunque, da prendere in considerazione, anzi del tutto naturalmente discende dalla diversità dei punti di vista dai quali gli operatori di giustizia guardano ai loro rapporti.

Tenterò, nondimeno, di argomentare la tesi secondo cui – ferma la diversità dei modelli, per come risultanti dai documenti normativi suddetti – gli stessi esprimono una spiccata vocazione alla reciproca convergenza, segnatamente – come si vedrà – sul terreno sul quale maturano le esperienze riguardanti i diritti fondamentali. La circostanza, dunque, per cui alle volte si ha l'impressione che essi si allontanino e divergano o, addirittura, si dispongano in reciproco, aperto conflitto è più il frutto di una contingenza segnata da incomprensioni o indisponibilità all'ascolto

[1] L'utilizzo del secondo sintagma in alternativa al termine "ordinamento" si deve alla circostanza per cui la giurisprudenza costituzionale, a partire dalle sentenze "gemelle" del 2007, ha negato che quest'ultimo possa appropriatamente riferirsi alla CEDU e, con esso, a questa estendersi la "copertura" di cui gode il diritto dell'Unione in forza del disposto dell'art. 11 della Costituzione. Non si trascuri tuttavia il fatto che la seconda di tali decisioni ha riconosciuto il carattere "istituzionale" della Convenzione.

Ad ogni buon conto, per scorrevolezza della esposizione, d'ora innanzi non farò ricorso alla distinzione tra "ordinamento" e "sistema", adoperando sovente i termini suddetti in modo promiscuo.

degli operatori che da strutturali, radicali incompatibilità dei modelli stessi, i quali invece, rivisti sotto la giusta luce, piuttosto si prestano a favorire l'incontro, di certo non ad esasperare lo scontro. Molti segni, d'altronde, come si tenterà di mostrare, depongono nel senso appena indicato.

Al fine di far luogo a questa verifica, occorre dotarsi di una chiave di lettura che consenta di mettere a fuoco i modelli stessi e descriverne i tratti più marcati ed espressivi. Ciò che – come si mette in rilievo già nel titolo dato a questa succinta riflessione – qui si farà dal particolare, illuminante angolo visuale della Costituzione e della giurisprudenza costituzionale, riservandosi dunque solo qualche cenno ai modelli restanti, limitatamente a quanto è strettamente indispensabile per una compiuta comprensione del discorso che ci si accinge a svolgere.

2. Limiti e controlimiti della sovranità e riflessi a carico dei principi fondamentali restanti, apprezzabili alla luce del "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti e, in genere, dell'affermazione della Costituzione come "sistema"

Muovo in questo studio da una duplice premessa relativa a quelli che possono a buon diritto considerarsi dei punti fermi della teoria internazionale e costituzionale, per quanto la stessa non ne abbia poi tratto, a mia opinione, le debite e lineari conseguenze al piano della ricostruzione dei rapporti interordinamentali.

La prima è che il diritto internazionale ha nel suo DNA il porre vincoli alla sovranità degli Stati, in funzione della salvaguardia della pace o – per dir meglio, con l'art. 11 della nostra Carta – della pace e della giustizia tra le nazioni, nella inscindibile unità dei termini indicativi dello scopo, non potendosi immaginare pace senza giustizia né giustizia senza pace. Questa stessa è, peraltro, la ragion d'essere di organizzazioni sovranazionali, quali le Comunità europee prima e ora l'Unione europea, secondo quella che ormai può considerarsi un'acquisizione giurisprudenziale indiscussa, un autentico *ius receptum* sorretto da diffusa e larga condivisione di studiosi ed operatori[2].

[2] Senza tornare qui ad evidenziare la forzata lettura invalsa dell'art. 11, al fine di ricomprendervi anche il fenomeno della integrazione sovranazionale legata alla costruzione comunitaria prima (e ora eurounitaria), può considerarsi ormai acquisita la nascita di una vera e propria consuetudine costituzionale integrativa del dettato costituzionale, alla cui formazione hanno dato un fattivo, decisivo concorso giurisprudenza, dottrina, operatori politico-istituzionali. Come poi si vedrà quando sarà il momento, l'integrazione del principio fondamentale in parola ha, per ciò stesso, determinato, per un verso, immediati riflessi nei riguardi dei principi fondamentali restanti, che con quello fanno "sistema", e

D'altronde, come sappiamo, non poteva farsi diversamente, per le note ragioni di ordine politico che non hanno da noi consentito di introdurre con legge di forma costituzionale una *Europaklausel*, così come invece si è fatto in altri ordinamenti. È poi pur vero che l'art. 11 è stato fatto oggetto di un sovraccarico di valenze. Altro è infatti – come si è tentato di mostrare altrove – la previsione, innegabile, *per tabulas*, della assoggettabilità della sovranità a limitazioni ed altra cosa il modo con cui l'assoggettamento avrebbe potuto (e potrebbe) in concreto aversi. E, invero, la Carta nulla dice circa il modo o i modi con cui siffatte limitazioni possono prendere forma e fino a che punto è consentito loro di spingersi, fermandosi alla mera loro previsione.

In altri luoghi ho argomentato la tesi secondo cui le limitazioni in parola avrebbero richiesto, al fine di potersi affermare, una previa disciplina di rango costituzionale, congrua rispetto alla materia trattata (qui, il cuore della materia costituzionale) ed adeguata allo scopo, trattandosi di porre un argine alla formidabile *vis* espansiva di un principio fondamentale della Carta, anzi del primo dei principi, non casualmente posto in testo al catalogo costituzionale nel quale sono illustrate le basi portanti della Repubblica.

Forse, non è peregrino affermare che è lo stesso art. 1 ad anticipare, in una certa misura, quanto si viene a dire nell'art. 11, ad autorizzare cioè le limitazioni suddette col rinvio fatto una volta per tutte alle "forme" e ai "limiti" di manifestazione della sovranità, quali risultano da altri disposti della Costituzione, forme e limiti che hanno quindi un testuale riferimento *anche* nel disposto da ultimo richiamato, ma – con riguardo all'ambito delle relazioni interordinamentali – non ad esso soltanto, dal momento che nell'art. 10 (esso pure, non per mero accidente, espressivo di un principio di base dell'ordinamento) è il fondamento di ulteriori limitazioni di sovranità al piano dei rapporti col diritto internazionale. Si dà, infatti, una consecuzione sistematica non casuale e di tutta evidenza tra gli enunciati ora richiamati, sol che si pensi che la *ratio* delle limitazioni stabilite nell'art. 10 si coglie in tutto il suo spessore e intimo significato proprio nel fine enunciato nell'art. 11.

Di qui, poi, il carattere approssimativo e, anzi, essenzialmente inesatto del rilievo corrente, fatto proprio – come si sa – dalla stessa giurisprudenza costituzionale, secondo cui l'art. 11 non potrebbe essere speso a beneficio di trattati e convenzioni, quale la CEDU. Un ragionamento

quindi una deroga all'intero impianto costituzionale (per ciò che qui più da presso importa, al sistema delle garanzie, innovando all'art. 134 della Carta, sotto lo specifico aspetto della "invenzione" di un meccanismo diffuso di sindacato sulle leggi).

che è il frutto di un equivoco, assumendosi che nessuna norma di diritto internazionale pattizio (compresa, come si sa, la CEDU) possa vantare "copertura" nel principio suddetto per il fatto di non disporre dell'attitudine ad essere portata ad immediata applicazione. Si trascura tuttavia la circostanza per cui altro è il modo con cui norme aventi origine esterna possono produrre effetti in ambito interno ed altro ancora la loro attitudine a comportare comunque limitazioni per la sovranità. Così, anche alcune norme eurounitarie non hanno applicazione diretta ma ugualmente pongono limiti alla sovranità, tant'è che è fatto obbligo agli operatori nazionali di darvi attuazione[3]; e vincoli di varia intensità producono altresì le norme internazionali, tanto quelle per le quali vale il meccanismo dell'adattamento automatico quanto le altre bisognose di essere recepite con atto di diritto interno.

Il vero è che non è possibile tenere artificiosamente separati gli artt. 10 e 11, non riuscendosi ad immaginare alcuna limitazione della sovranità che non sia teleologicamente orientata alla salvaguardia della pace e della giustizia tra le nazioni; e, poiché senza pace e giustizia – come ha dimostrato la dolorosa e tragica esperienza del secondo conflitto mondiale – non può esservi riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, se ne ha che questi ultimi hanno bisogno di appoggiarsi, per la loro parte, agli artt. 10 e 11. Allo stesso tempo, anche gli artt. 2 e 3, nei quali è il primo e diretto fondamento dei diritti, concorrono per la loro parte a dare alimento e sostegno agli artt. 10 e 11.

Insomma, si dà un fascio inscindibile nelle sue parti di principi fon-

[3] In realtà, come si è altrove argomentato, altro è la *efficacia* ed altro l'*applicazione* delle norme: l'una si ha parimenti in capo alle norme non *self executing* (e, se così non fosse, neppure potrebbe prodursi il vincolo a carico degli operatori nazionali di darvi attuazione), dell'altra invece esse sono prive [su efficacia e applicazione del diritto sovranazionale, tra gli altri e di recente, *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne* (a cura di Distefano), Napoli, 2017; E. NAVARRETA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e* Drittwirkung *ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018; A. RASI, "Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile", in *Diritto dell'Unione Europea*, 3/2018, p. 555 ss., e A. IERMANO, "L'effetto diretto nelle situazioni triangolari e i relativi "limiti" nei rapporti internazionali", in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (www.fsjeurostudies.eu), 1/2018, 1 marzo 2018, p. 27 ss. Infine, i contributi di V. PICCONE, "Diritti fondamentali e tutele nel difficile "crossroad" fra le Corti"; G. AMOROSO, "Le sentenze della Corte di giustizia sulle ferie del lavoratore: rinvio pregiudiziale interpretativo versus questione incidentale di costituzionalità"; G. BRONZINI, "Il "Trittico" della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza"; F. FERRARO, "Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta", tutti in www.federalismi.it, 10/2019, 22 maggio 2019].

damentali tutti chiamati a darsi alimento e sostegno a vicenda e convergenti allo scopo di edificare una società ispirata ai valori fondamentali di libertà, eguaglianza, pace, giustizia, una società cioè in cui fosse restituita ad ogni essere umano la dignità calpestata e smarrita in una stagione in cui individui impazziti e accecati dall'odio si sono trasformati in belve feroci ed assassine.

La seconda premessa è stata appena evocata ma richiede ora una non secondaria precisazione. La sovranità è, senza alcun dubbio, un principio fondamentale, anzi – come si è fatto notare – è il primo (in ordine sistematico, se non pure assiologico-sostanziale) dei principi; e – come pure si è appena rammentato – proprio nella sua limitazione ha la sua ragion d'essere il principio di apertura del diritto interno al diritto internazionale e sovranazionale, un'apertura nondimeno – come si dirà meglio a breve – non incondizionata ma appunto giustificata in relazione al fine di salvaguardare i bisogni elementari dell'uomo, i suoi diritti fondamentali, la sua dignità.

Contrariamente, dunque, a ciò che comunemente si ritiene da parte di quanti, studiosi ed operatori, si sono dichiarati dell'idea che le limitazioni di sovranità non potrebbero mai riguardare principi fondamentali dell'ordinamento, si ha qui conferma che il ragionamento va esattamente ribaltato su se stesso, nessuna giustificazione avendo la esistenza stessa del diritto internazionale e del diritto sovranazionale laddove non si ammettesse che le loro norme, col fatto stesso di limitare la sovranità, possano naturalmente tradursi in limite altresì dei principi fondamentali restanti, coi quali quello enunciato nel primo articolo della Carta fa "sistema".

In astratto, le limitazioni possono (e devono) aversi; in concreto, se ne può spianare il terreno sul quale si manifestano unicamente laddove si dimostrino pur sempre serventi nei riguardi della persona umana, giovino cioè a dare l'ottimale appagamento – alle condizioni oggettive di contesto – a bisogni elementari della persona, concorrendo perciò all'innalzamento della protezione assicurata ai diritti rispetto a quello raggiungibile in ambito interno, per effetto delle sole discipline in questo prodotte.

Si dà un "gioco" senza fine tra le norme interne e quelle aventi origine esterna, un gioco idoneo a coinvolgere – come si è venuti dicendo – gli stessi principi fondamentali, che è governato nelle sue concrete movenze e nel fine da quell'autentico "metaprincipio" che è dato dalla ricerca, non di rado sofferta e incerta, della massimizzazione della tutela dei diritti[4]. È solo così che acquista senso ed anzi s'illumina e realizza a

[4] Assai cospicua la mese di scritti venutisi, specie di recente, a formare sul canone fondamentale in parola: tra gli altri, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra*

pieno la limitazione di sovranità, intesa ora in modo omnicomprensivo, quale limitazione dei principi fondamentali nel loro fare "sistema", in funzione della ottimale realizzazione dei diritti; ed è, dunque, solo così che prende forma e incessantemente si riconferma e rinnova allo stesso tempo l'identità costituzionale della Repubblica, nella sua più densa e genuina accezione, della quale peraltro si ha – com'è noto – il riconoscimento nell'art. 4.2 del Trattato di Lisbona[5].

CEDU e Costituzione, Milano, 2017, spec. p. 222 ss., ma *passim*; G. SILVESTRI, "L'individuazione dei diritti della persona", in www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2018; R. ROMBOLI, "La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano", in *Consulta OnLine*, 3/2018, 24 dicembre 2018, p. 626 ss.; S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano, 2018, spec. p. 60 ss.; D. TRABUCCO, "Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali-astratti a garanzia della superiorità della Costituzione", in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2018, 31 dicembre 2018, spec. p. 10 ss.; T. MAZZARESE, "La giustizia del diritto secondo il costituzionalismo (inter)nazionale e una domanda apparentemente disorientante", in *Lo Stato*, 11/2018, p. 78 ss.; V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Frosinone, 2019; S. GAMBINO, "I diritti fondamentali fra Unione europea e Costituzioni nazionali", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, num. spec. maggio 2019, p. 269 ss. Riserve sulla sua operatività sono manifestate da M. NISTICÒ, "Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali", in www.costituzionalismo.it, 1/2018, p. 272 ss., che ne rileva la "insufficienza strutturale" e sono quindi state rinnovate a più riprese, part., da R. BIN (di recente, in *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. p. 63 ss., ma *passim*, e, da ultimo, in "Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti", in *Diritto costituzionale*, 1/2019, p. 11 ss., spec. p. 21 ss., nonché nell'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna*, a cura di R.G. CONTI, in www.giustiziainsieme.it, 10 aprile 2019, dove però può vedersi, se si vuole, nell'intervista a me fatta una difesa del canone fondamentale in parola; cfr., inoltre, pure *ivi*, i punti di vista rappresentati da L. TRUCCO, G. MARTINICO E V. SCIARABBA, nell'intervista su *La Carta UE in condominio fra Corte costituzionale e giudici comuni. Conflitto armato, coabitazione forzosa o armonico* menage*?*, 8-9-10 maggio 2019). Infine, il mio "Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)", in www.dirittifondamentali.it, 1/2019, 1 giugno 2019, spec. al § 4.

[5] Sulle non lievi questioni interpretative sollevate dal disposto in parola, alle quali qui non è possibile riservare neppure un cenno, v., almeno, tra gli altri e 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*, Napoli, 2017; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Napoli, 2018; 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 europeénne*, Torino, 2018, p. 859 ss.; A. MORRONE, "I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea", in www.federalismi.it, 20/2018, 24 ottobre 2018, spec. §§ 5 e 6; F.-X. MILLET, "Plaider l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice", in *Quaderni costituzionali*, 4/2018, p. 831 ss.; v., inoltre, i contributi in tema di *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism* (a cura di Faraguna, Fasone, Piccirilli), in *Italian Journal Public Law*, 2/2018; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e princípi identificativi*, Napoli, 2018, spec. pp. 82 ss. e 163 ss.; acuti spunti teorico-ricostruttivi, ora, anche in C.

Come si è tentato di mostrare altrove, proprio contraendosi e ritraendosi nei suoi stessi principi fondamentali, la Costituzione può infatti affermarsi *magis ut valeat*: umiliandosi e riconoscendo la maggiore attitudine di alcune norme provenienti *ab extra* a dare appagamento ai diritti, la Costituzione si esalta ed assicura l'ottimale affermazione dei suoi principi di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), nel loro fare "sistema" coi principi restanti.

Quest'esito teorico-ricostruttivo, a tutta prima difficile da apprezzare fino in fondo, si rende particolarmente visibile proprio ad accedere ad un'accezione di sovranità assiologicamente ispirata, di cui si è fatta interprete un'accreditata dottrina[6], che ha prospettato la tesi della desoggettivizzazione della sovranità e della sua conversione al piano dei valori, che possono (e, anzi, debbono) andare incontro a limitazioni sempre che – come si è venuti dicendo – questo porti ad un accrescimento del patrimonio dei diritti che fanno capo alla persona, non già ovviamente al suo impoverimento o, peggio, alla dispersione.

Anche però secondo la tradizionale veduta della sovranità, quale potere o somma di poteri di cui uno o più centri istituzionali dispongono, ugualmente la sua limitazione, in uno Stato costituzionale, può ammet-

PANZERA, "Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della "doppia fedeltà". L'esperienza italiana", Relaz. al Convegno del "Gruppo di Torino" su *La Constitución come pacto*, Valencia, 23 marzo 2019, in corso di stampa in "*Revue general de derecho costitutional*, 24/2019. Infine, se si vuole, v. i miei "Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i "controlimiti")", in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* (a cura di Bernardi), Napoli, 2017, 19 ss., nonché in www.forumcostituzionale.it, 9 aprile 2016, e "Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale", in "Il "dialogo tra le corti" parla anche di processo penale. Implicazioni e ricadute della vicenda "Taricco" sui rapporti tra ordinamenti e tra istituti della giustizia penale", in *Legislazione penale* (www.lalegislazionepenale.eu), 4 febbraio 2019.

[6] G. SILVESTRI, "La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto" (1996), ora anche in *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005 e, quindi, "Sovranità vs. diritti fondamentali", in *Questione giustizia*, 1/2015, spec. p. 57 ss., sul cui pensiero v. i punti di vista manifestati, tra gli altri, da L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Torino, 2014, p. 55 ss.; E. CASTORINA - C. NICOLOSI, ""Sovranità dei valori" e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense", in www.forumcostituzionale.it, 19 novembre 2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Torino, 2016, p. 519 ss. e, pure *ivi*, II, G. GEMMA, "Riflessioni sul pensiero di Silvestri in tema di sovranità", p. 1068 ss.; A. MORRONE, "Sovranità", in www.rivistaaic.it, 3/2017, 2 agosto 2017, p. 92 s., e, pure *ivi*, C. SALAZAR, "Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale", p. 8, e A. SPADARO, "Dalla "sovranità" monistica all'"equilibrio" pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo", p. 2 s.

tersi unicamente in funzione della salvaguardia dei diritti; e ciò, ove si convenga che ancora oggi sia da tener ferma la felice ed illuminante intuizione dei rivoluzionari francesi consacrata nella definizione di Costituzione che è nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

I diritti, insomma, per l'uno o l'altro scenario teorico, sono (e restano) il punto fisso di riferimento, il cuore pulsante del modello di Costituzione e la cerniera dei rapporti interordinamentali. Per essi e in funzione di essi si giustificano le limitazioni in parola; al di fuori o, peggio, contro di essi, nessuna giustificazione può aversi.

È solo così che può cogliersi, a mia opinione, il senso profondo della Costituzione come "sistema", anche nelle sue proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali. D'altro canto, limitazioni alla sovranità circoscritte a questa soltanto non avrebbero alcun senso; piuttosto, hanno senso in quanto possano ridondare ed effettivamente ridondino in limiti per i principi restanti, in ispecie per quelli di volta in volta evocati in campo dal caso: le limitazioni di sovranità fanno dunque da tramite, da veicolo, per limitazioni a carico di altri principi e, comunque, pur sempre in funzione dell'ampliamento degli spazi di libertà, eguaglianza, giustizia.

Si pensi, solo per fare il primo esempio che viene in mente, al rapporto che si intrattiene tra il principio di unità-indivisibilità della Repubblica e di promozione delle autonomie territoriali, da un canto, e i principi di cui agli artt. 2 e 3 della Carta, l'integrità dell'ordinamento (la sua unitarietà, appunto, nella sua più densa ed espressiva accezione) apprezzandosi e preservandosi unicamente laddove restino fermi ed identici a sé i diritti fondamentali e i doveri inderogabili di solidarietà che fanno capo ai componenti la comunità politicamente organizzata, quale che sia il territorio nel quale si stanzino ed operino[7].

L'art. 5 prende luce e significato, insomma, dagli artt. 2 e 3, allo stesso modo con cui questi acquistano e mantengono significato unicamente nel loro fare tutt'uno con quello.

Le vicende del singolo principio proiettano, dunque, la loro immagine sui principi restanti; se soffre uno, soffrono tutti. Se ne ha, peraltro, conferma dalla teoria dei limiti alla revisione costituzionale, che rende palese la naturale vocazione dei principi a farsi reciproco rimando e a darsi mutuo alimento e sostegno, tutti assieme facendo appunto "sistema", una teoria che, nondimeno, richiede, a mia opinione, un complessivo, critico ripensamento, ancora una volta ispirato al "metaprincipio"

[7] Sulle non poche, gravi questioni relative al territorio regionale, v., ora, i contributi al *forum* organizzato da *Diritti regionali* su *Tra* territorio *e* spazio*: un invito alla riflessione sulle prospettive dell'ordinamento costituzionale*, in www.dirittiregionali.org.

della massimizzazione della tutela dei diritti, ammettendosi dunque innovazioni agli stessi principi a finalità inclusiva, idonee cioè a farne espandere e ulteriormente valorizzare la *vis* prescrittiva, in linea di continuità rispetto alla loro originaria matrice e funzione[8]. Nessuno, d'altronde, dubita del fatto che revisioni a finalità di "restaurazione" – secondo la efficace ricostruzione teorica datane da una sensibile dottrina[9] – o, come che sia, volte ad un impoverimento del potenziale assiologico complessivo della Costituzione non possano comunque aversi. Come si è fatto da tempo notare, sarebbe ad es. inimmaginabile la rimozione dall'enunciato di cui all'art. 1 della parola "democratica" lasciando immutato il resto: non soltanto crollerebbe immediatamente il secondo comma dell'art. in parola ma ne verrebbero subito travolti anche gli artt. 2 e 3 e via via tutti i principi fondamentali restanti.

3. Alcuni punti fermi di ordine teorico-ricostruttivo (in ispecie, il difetto metodico insito nelle ricostruzioni correnti delle vicende della normazione e dei rapporti interordinamentali d'ispirazione formale-astratta) e l'immagine deformata che le Corti danno della Carta di cui ciascuna di esse è garante (e, segnatamente, dà la Consulta della Costituzione) assumendo essere perfetta in sé e per sé e scevra di mende o carenze di sorta

Le notazioni appena svolte consentono di fissare alcuni primi punti fermi ai quali ancorare lo studio dei rapporti interordinamentali e verificare la linearità degli svolgimenti giurisprudenziali che li riguardano.

Il primo è che – come si è veduto – le limitazioni della sovranità ridondano in limitazioni altresì a carico dei principi fondamentali restanti: è necessario e opportuno allo stesso tempo che ciò si abbia, non giustificandosi altrimenti neppure l'appartenenza dell'ordinamento alla Comu-

[8] Maggiori ragguagli, da ultimo, nel mio "Tre questioni in tema di revisione costituzionale", Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catanzaro l'8 e il 9 giugno 2018 su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, 2/2018, 20 giugno 2018, ed *ivi*, tra gli altri contributi, v., part., A. APOSTOLI, "L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili", e V. MARCENÒ, "Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica, ampia riforma della Costituzione: la revisione costituzionale ha un limite dimensionale?"; *adde*, ora, in prospettiva comparata, G. GRASSO, "Da Berna a Budapest: appunti su revisioni costituzionali (totali e parziali) e tenuta dell'unità politica e di senso delle Costituzioni democratiche", in www.dirittifondamentali.it, 1/2019, 2 febbraio 2019.

[9] G. SILVESTRI, "Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale", in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, p. 1183 ss., spec. p. 1206.

nità internazionale, all'Unione europea o ad altre organizzazioni sovrastatuali. Un principio, questo risultante dagli artt. 10 e 11 nel loro fare "sistema" coi principi restanti, sul quale dunque si realizza una convergenza dei punti di vista interno ed esterno e dei modelli in forza di essi messi a punto.

Il secondo è che le limitazioni in parola rinvengono il loro fine e confine allo stesso tempo nei valori di pace e giustizia e, in ultima istanza, nella salvaguardia – al massimo di rendimento consentito dalle previsioni normative e dalle condizioni oggettive di contesto – dei diritti fondamentali, il riconoscimento e l'effettiva tutela dei quali ponendosi quale fondamento e limite delle limitazioni in parola.

La considerazione congiunta dei punti suddetti porta poi naturalmente all'esito per cui è da mettere in conto (ed anzi non di rado si ha) che si diano limitazioni di sovranità e di altri principi fondamentali che portino all'affermazione della Costituzione come "sistema" ancora di più di come si avrebbe senza le limitazioni stesse: come dire che *è proprio grazie a talune limitazioni dei principi fondamentali che gli stessi, nel loro fare "sistema", possono affermarsi al meglio del loro potenziale espressivo*. Rivista questa esperienza dal punto di vista dei diritti, possiamo (e dobbiamo) riconoscere che è proprio in forza dell'apertura fatta al diritto internazionale e sovranazionale, coi limiti ad essa conseguenti, che si è avuto (e si ha) un accresciuto appagamento dei diritti fondamentali e, in genere, dei beni della vita costituzionalmente protetti, visti nel loro fare "sistema"[10].

Come mi affanno a dire da tempo, nulla si oppone all'ingresso in ambito interno di norme aventi origine esterna, specie nel loro farsi diritto vivente per il tramite della giurisprudenza che vi dà voce, ancorché incompatibili con questo o quel principio fondamentale, laddove a giudizio dell'operatore di turno risulti provato che è *proprio grazie a siffatta limitazione di sovranità* che si rende un ottimale servizio ai diritti fondamentali e all'intera Costituzione sistematicamente considerata.

Di qui, poi, un'ulteriore conseguenza, cui è da assegnare un partico-

[10] È sufficiente anche solo una rapida scorsa ai commentari alla CEDU o alla Carta di Nizza-Strasburgo, nei quali è dato specifico risalto agli orientamenti maturati in seno alla giurisprudenza, per avere subito conferma di questo dato inoppugnabile, di quanti diritti nuovi cioè sono stati scoperti e delle nuove forme e garanzie acquisite dai diritti preesistenti [v., dunque, tra gli altri, *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)* (a cura di Di Stasi), Padova, 2016; *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (a cura di Mastroianni, Pollicino, Allegrezza, Pappalardo, Razzolini), Milano, 2017; V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*[2], Bologna, 2019].

lare rilievo; ed è che non ha alcun senso, a mia opinione, discorrere in via generale del diritto internazionale o del diritto sovranazionale, nel loro porsi in rapporto col diritto interno, fermandosi al dato puramente esteriore della provenienza delle norme e della loro forma. Non sono le *fonti* ad avere rilievo bensì le loro *norme*, per il modo con cui si dispongono a dare appagamento ai beni della vita evocati in campo dal caso, *alla luce dei valori*.

Dalla prospettiva ora adottata, vistosa appare la torsione dell'immagine che risulta da certa dottrina e giurisprudenza che invece, nel fare richiamo dell'art. 117, I c., cost., seguita a dare indistinto e comune rilievo al diritto internazionale o "comunitario" (*rectius*, eurounitario), senza che ci si avveda del fatto che, solo portandosi oltre lo schermo deformante della fonte e puntando diritto alle norme dalle stesse prodotte, può assegnarsi il giusto posto a queste ultime e, con esso, farsi luogo ad un'adeguata messa a punto dei rapporti che le norme stesse di volta in volta intrattengono con quelle interne.

Il vizio di fondo è, insomma, di ordine metodico, ancora prima che teorico, e discende dal carattere formale-astratto dell'inquadramento dei rapporti tra gli ordinamenti.

Nessuna differenza, dunque, si fa tra consuetudine e consuetudine internazionale o tra trattato e trattato (in particolare, tra il trattato di Lisbona e il diritto derivato da un lato, e la Carta dei diritti dell'Unione o la CEDU, dall'altro). E invece, per quanto si fatichi a prenderne atto, v'è molta più contiguità tra la CEDU (o altra Carta internazionale dei diritti) e la Carta dell'Unione di quanta ve ne sia tra quest'ultima e il diritto eurounitario in genere, al di là del riconoscimento al riguardo fatto nell'art. 6 del trattato di Lisbona. E ciò, per la elementare ragione che le due Carte condividono la natura di documenti "tipicamente costituzionali" – per riprendere ora una qualifica che è nella sent. n. 269 del 2017, sulla quale si tornerà –, in ciò rinvenendo il *quid proprium* che li distingue da altri documenti normativi, quale che sia la loro provenienza o la forma di cui si rivestano.

È dunque difettosa in partenza la distinzione che si fa tra la condizione della Carta dell'Unione, cui si riconosce rango costituzionale, al pari del diritto eurounitario in genere, col solo limite però rappresentato dalla osservanza dei principi fondamentali di diritto interno (i "controlimiti", secondo una fortunata etichetta ormai d'uso comune[11]), e quella

[11] In tema, nella ormai incontenibile lett., per tutti e di recente, l'accurato studio di S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, cit., nonché L. FEDERICI, "Recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale tra teoria dei controlimiti e norme internazionali", in

della CEDU (ed è da pensare di ogni altra Carta internazionale dei diritti[12]), invece qualificata come fonte "subcostituzionale". S'immagina, dunque, una sistemazione a scala, in cima alla quale si disporrebbe in sovrana solitudine la Costituzione, a seguire la Carta di Nizza-Strasburgo (perlomeno, nel suo rapporto coi principi di base della legge fondamentale della Repubblica) e, ulteriormente discendendo, la CEDU. Una raffigurazione di tipo piramidale che tuttavia, a tacer d'altro, è contraddetta, per un verso, dal riconoscimento fatto – come si diceva – dalla stessa giurisprudenza costituzionale della natura della Carta dell'Unione di documento "tipicamente costituzionale" (natura che non può non assegnarsi altresì alla Convenzione europea e ad ogni altra Carta) e, per un altro verso, dalla circostanza per cui la stessa Carta dell'Unione dichiara di voler essere intesa alla luce di quanto stabilisce la CEDU, fatto nondimeno salvo il caso di poter offrire ai diritti una tutela ancora più avanzata di quella che è loro data dalla Convenzione[13].

In generale, poi, ambientate le relazioni tra le Carte al piano della interpretazione, ancora una volta è la stessa giurisprudenza costituzionale a smentire lo schema piramidale delineato al piano della teoria delle fonti, avendo da tempo affermato che la Costituzione e le altre Carte "*si integrano reciprocamente nella interpretazione*" (sent. n. 388 del 1999). Ed è strano che non ci si avveda del fatto che disponendosi a darsi mutuo sussidio ed alimento, ciascuna Carta concorrendo alla incessante rigenerazione semantica delle altre, non vi sia più spazio alcuno per una ordinazione secondo criteri di formale fattura, le dinamiche interpretative essendo per intero governate da quell'autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali che è data dalla ricerca della massima tutela possibile in ragione delle complessive esigenze del caso. Un canone fondamentale che – come si è veduto – è espressamente fatto proprio sia dalla CEDU che dalla Carta dell'Unione (art. 53) e implicitamente accolto anche dalla nostra Costituzione e, generalizzando, da ogni altra Carta, per la elemen-

www.osservatorioaic.it, 3/2018, 26 settembre 2018, p. 89 ss.; D. PARIS, "Limiting the 'Counter-limits'. National Constitutional Courts and the Scope of the Primacy of EU Law", in *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, cit., p. 205 ss.; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e princípi identificativi*, cit.; S. GAMBINO, *I diritti fondamentali fra Unione europea e Costituzioni nazionali*, cit., p. 280 ss.; G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenza sovrastatuali*, Torino, 2019, spec. p. 109 ss.

[12] Ad es., la Carta sociale europea, su cui v. ora Corte cost. nn. 120 e 194 del 2018.

[13] Singolare appare essere ciò che si chiede di fare all'operatore di turno, il quale dovrebbe dapprima far luogo ad una interpretazione della Carta dell'Unione in sé e per sé, di poi ad un'altra orientata verso la CEDU, raffrontare gli esiti raggiunti e stabilire quale di essi sia da preferire all'altro alla luce del canone fondamentale della miglior tutela.

tare ragione che esso è consustanziale alla natura e funzione delle Carte stesse, al loro disporsi cioè in funzione della salvaguardia dei valori di libertà ed eguaglianza e, in ultima istanza, dignità della persona umana.

D'altro canto, la stessa giurisprudenza costituzionale parrebbe dar credito (ma solo in parte, tra non lievi oscillazioni e, comunque, pur sempre all'interno di una costruzione teorica di formale fattura) alle sollecitazioni che vengono dal canone fondamentale in parola, alla cui luce ha riconsiderato gli esiti comunemente raggiunti dalla teoria delle fonti d'ispirazione formale-astratta; e lo ha fatto – si faccia caso – in plurimi ambiti materiali di esperienza[14], persino – per ciò che ora maggiormente importa – al piano dei rapporti qui di specifico interesse. Il principio del massimo *standard* è, infatti, espressamente accolto da Corte cost. n. 317 del 2009; ed è bensì vero che in questa pronunzia si è ragionato attorno al caso che si debba assicurare la precedenza ad una norma di legge rispetto a norma della CEDU, laddove appunto idonea ad innalzare il livello della tutela rispetto a quello raggiunto da quest'ultima, ma è chiaro che lo schema, se vale, non può che valere sempre, quale che sia la norma maggiormente idonea a servire i diritti in campo, persino – a me pare – al confronto con norma della Costituzione.

La Consulta fatica a riconoscere che possa darsi una Carta in grado di offrire ai diritti un servizio ancora migliore di quello che può ad essi esser dato dalla Costituzione; eppure, il granitico convincimento della *primauté* della nostra legge fondamentale, seppur ancora di recente ribadito, esibisce qualche crepa interna, rivelatrice di un andamento oscillante del complessivo indirizzo di cui il giudice delle leggi si fa portatore. E così troviamo scritto in Corte cost. n. 25 del 2019 che Costituzione e CEDU apprestano ai diritti una "concorrenza di tutele, che però possono non essere perfettamente simmetriche e sovrapponibili", ammettendosi allo stesso tempo che la giurisprudenza convenzionale riconosca, "in determinate fattispecie, una tutela più ampia"; ciò che, nondimeno, nulla toglie al "predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU", già

[14] Così, per fare solo il primo esempio che viene in mente, si è esclusa l'abrogazione per referendum di norme legislative che danno una "tutela minima" a beni costituzionalmente protetti. Un limite, questo, che non può non valere altresì per il caso della rimozione "secca" di norme siffatte da parte dello stesso legislatore, persino – a me pare – laddove dovesse aversi a mezzo di fonte astrattamente sovraordinata *quoad formam* che tuttavia urterebbe in tesi frontalmente con lo scudo protettivo invalicabile apprestato dai principi di libertà ed eguaglianza, nel loro fare "sistema" coi principi fondamentali restanti. Una conclusione, poi, che parrebbe essere razionalizzata dal disposto di cui all'art. 117, II c., lett. *m*), col riferimento in esso fatto ai "livelli essenziali" delle prestazioni riguardanti i diritti civili e sociali, bisognosi di essere tenuti fermi e salvaguardati per l'intero territorio della Repubblica.

peraltro risolutamente rilevato nella pronunzia del 1999, sopra richiamata[15]. Si capisce invero che il massimo garante della legalità costituzionale dica ciò che dice; e, però, non si giustifica che si faccia portatore di un *animus* pervaso da un nazionalismo costituzionale ad oltranza, espressivo di un'idea mitica o sacrale di Costituzione, come di una Carta – si è fatto in altri luoghi notare – che non presenti mai menda alcuna; la qual cosa, a tacer d'altro, è contraddetto dal fatto stesso della previsione delle procedure di revisione costituzionale suscettibili di essere messe in atto – malgrado il diverso orientamento invalso tra le forze politiche – anche con riguardo alla parte sostantiva della Carta, e segnatamente alle statuizioni relative ai diritti[16].

Il vero è che il tempo presente è segnato da un politeismo costituzionale sconosciuto all'esperienza passata, da una pluralità cioè di documenti materialmente costituzionali che si affiancano alla Costituzione e che – qui è il punto che, a causa di un autentico crampo mentale, si fatica a comprendere – non intendono scalzarla dal suo piedistallo ma servirla e, con essa, servire i diritti dalla stessa riconosciuti. Non si dimentichi che tanto la CEDU quanto la Carta dell'Unione ritagliano per sé un ruolo "sussidiario" rispetto alla tutela assicurata ai diritti in ambito interno. Il tempo presente è, dunque, quello della ricerca, non di rado sofferta e comunque disagevole, del modo con cui far valere al meglio i diritti, seppur in una congiuntura ad essi per molteplici aspetti non favorevole; e, a questo riguardo, gli operatori tutti sono sollecitati a far capo a più documenti costituzionali, componendoli in ragione delle peculiari esigenze dei casi, a sfruttarli insomma fino in fondo e nel migliore dei modi, senza alcuna aprioristica graduatoria tra gli stessi che, a conti fatti, si ritorcerebbe proprio a danno dei diritti.

Di contro, l'esperienza più recente ci consegna non poche, marcate tracce della gelosa rivendica da parte di questa o quella Corte di un impossibile primato della Carta di cui ciascuna di esse è istituzionalmente garante e, *per ciò stesso*, del proprio primato, quale "supercorte" posta in cima a quella costruzione piramidale di cui si è poc'anzi data sommaria descrizione.

Di esse dobbiamo ora, con la rapidità imposta a questo studio, dare conto.

[15] I riferimenti ora fedelmente trascritti sono tratti dal p. 13 del *cons. in dir.*

[16] D'altro canto, si sono – com'è noto – già avuti dei casi di innovazioni di non secondario rilievo concernenti la prima parte del documento costituzionale, sulla quale ad ogni buon conto si riflettono poi le stesse modifiche della parte organizzativa.

4. La flessibilità esibita da certi orientamenti giurisprudenziali delle Corti europee e l'irrigidimento che invece connota quelli della Corte costituzionale (l'illuminante, ma non esaltante, esempio della vicenda Taricco*)*

La riflessione che si va ora facendo si appunta – come si diceva – specificamente sulla giurisprudenza costituzionale, nell'intento di coglierne e rappresentarne le più salienti tendenze ed esperienze al piano delle relazioni interordinamentali. Va, nondimeno, avvertito che anche le Corti europee non disdegnano, quando gliene è offerta l'opportunità, di farsi portatrici di orientamenti ispirati ad un nazionalismo – si è detto in altre sedi – ingenuo ed infecondo. Il vero è che – come pure si avvertiva poc'anzi – si assiste ad una diffusa e marcata ritrosia da parte di questa o quella Corte a riconoscere carenze e insufficienze della Carta dei diritti di cui ciascuna di esse è garante al confronto con le altre Carte. I richiami giurisprudenziali che esse vicendevolmente si fanno sono infatti perlopiù piegati alla dimostrazione dell'assunto che la protezione apprestata ai diritti nell'ordinamento cui ciascuna Corte appartiene trovano altresì riscontro anche presso altre Carte: sono, cioè, richiami fatti a rinforzo e conferma di una tutela che c'è già tutta quanta anche nella Carta a salvaguardia della quale la Corte è istituita, mentre non si danno casi – perlomeno io non ne conosco – in cui si riconoscono strutturali carenze o, come che sia, la pur parziale inadeguatezza della Carta di riferimento ad apprestare la tutela stessa.

Alle volte, poi, il nazionalismo costituzionale – se così vogliamo chiamarlo – spinge persino a mettere da canto, sia pure con un certo affanno argomentativo, il "metaprincipio" del massimo *standard*, pur laddove avrebbe dovuto farsene applicazione: *Melloni* costituisce – a me pare – una eloquente testimonianza di quest'*animus* che certo non giova alla causa dei diritti, specie in alcune particolarmente sofferte vicende che vedono – come nel caso ora evocato – direttamente esposta la libertà personale del soggetto.

Ciò posto, va nondimeno riconosciuto che, specie nelle più recenti esperienze, proprio le Corti europee hanno manifestato una certa flessibilità, una disponibilità a rivedere, seppure solo in parte, un anteriore punto di vista risolutamente enunciato, a fronte invece di un marcato irrigidimento al riguardo manifestato dal nostro giudice delle leggi (solo da ultimo – come si vedrà a momenti – in parte temperato). In generale, poi, va rilevato che man mano che si fa sempre più vistoso il *pressing* esercitato dalla giurisprudenza delle Corti europee e la espansione della relativa giurisprudenza a campi via via più estesi, crescono i casi di "resisten-

za" dei giudici nazionali (e, segnatamente, dei tribunali costituzionali) alla stessa[17]. È come se gli operatori di diritto interno avvertissero che le mura della cittadella statale in cui hanno fin qui esercitato in modo indisturbato il loro dominio risultino fatte oggetto di un accerchiamento sempre più stretto, davanti al quale viene d'istinto reagire a difesa di una identità costituzionale minacciata da ripetuti attacchi esterni.

Non escludo per un aprioristico ed ingiustificato orientamento teorico che talvolta la reazione possa dimostrarsi fondata; in via generale, però, l'atteggiamento tenuto dagli operatori nazionali mi sembra ispirato ad autentica miopia istituzionale e portatore di un'idea deformata d'identità costituzionale[18], la quale si coglie ed apprezza nella sua essenza solo dalla congiunta considerazione di *tutti* i principi fondamentali che entrano a comporla, per ciò stesso facendosi "sistema", tra i quali – è superfluo dover qui rammentare – c'è anche quello dell'apertura al diritto avente origine esterna, non già dunque nella sterile ed autoreferenziale chiusura dei principi stessi, *di tutti meno quello di apertura*.

Si fatica, in tal modo, ad ammettere da parte dell'una o dell'altra Corte che la posta in gioco non è data dall'affermazione di una *primauté* ormai impossibile nel presente contesto segnato da un'avanzata integra-

[17] Riferimenti in O. POLLICINO, "Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea", in *Diritto dell'Unione Europea*, 4/2012, p. 765 ss.; J. RIDEAU, "The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the 'German Model'", in *National constitutional identity and European integration* (a cura Saiz Arnaiz, Alcoberro Llivina), Cambridge, 2013, p. 243 ss.; A. D'ALOIA, "Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione *multilevel*", in *Diritto dell'Unione Europea*, 1/2014, p. 1 ss., spec. p. 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, Milano, 2016, p. 129 ss.; P. FARAGUNA, "Il *Bundesverfassungsgericht* e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2016, p. 431 ss.; D. TEGA, "Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale N. 24/2017 e i suoi destinatari: *narrowing the dialogue*", in *Il caso* Taricco *e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale* (a cura di Bernardi, Cupelli), Napoli, 2017, p. 460 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, cit., spec. alla sez. I del cap. II; R. MASTROIANNI, "L'art. 11 Cost. preso sul serio", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2018, p. V ss. Con riferimento, poi, alla giurisprudenza della Corte EDU, v., almeno, A. OSTI, "L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto", in *Quaderni costituzionali*, 4/2017, p. 851 ss. e *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto* (a cura di Romboli, Ruggeri), Torino-Valencia, 2019.

[18] … secondo quanto proprio la vicenda *Taricco*, cui si farà a momenti richiamo, ha in modo eloquente testimoniato (ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, nei miei "*Taricco*, amaro finale di partita", in Consulta OnLine, 3/2018, 3 settembre 2018, p. 488 ss., e "Dopo *Taricco*: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?", cit.).

zione sovranazionale e dalla improponibilità di modelli ispirati ad un nazionalismo ormai superato (anche se tenta prepotentemente di riaffermarsi) ma solo dal bisogno di dare ristoro – fin dove possibile – a diritti che, a fronte delle plurime emergenze del tempo presente (da quella ambientale a quella terroristica, economica, migratoria, ecc.) e per effetto dello sviluppo scientifico e tecnologico, sono fatti oggetto di minacce ed insidie crescenti. Ed è francamente singolare che i giudici (in ispecie, appunto, quelli costituzionali) non si avvedano che l'obiettivo a tutti comune può essere centrato unicamente facendo convergere gli sforzi prodotti a tutela dei diritti, non già orientandoli in direzioni divaricate o addirittura opposte. Quando le Corti si fanno guerra a pagarne le conseguenze sono proprio i diritti e le persone che ne sono portatrici, non gli operatori istituzionali protagonisti del conflitto.

Sta di fatto che – come si diceva –, a differenza delle Corti europee che hanno, almeno in talune circostanze, manifestato una certa disponibilità all'ascolto delle ragioni altrui, la giurisprudenza costituzionale (e il riferimento è ora circoscritto solo alla nostra) è parsa irrigidirsi; aggiungo: inutilmente, senza profitto, secondo quanto ha emblematicamente testimoniato il caso *Taricco*.

La vicenda è nota, e non giova dunque rievocarla neppure in sunto[19].

[19] Su di essa si è assistito – come si sa – ad un'autentica alluvione di scritti: solo per fare ora riferimento ai più recenti, in aggiunta ai miei contributi appena richiamati, v., part., S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, cit., e, della stessa, "Il caso *Taricco* e il gioco degli scacchi: l'"evoluzione" dei controlimiti *attraverso* il "dialogo" tra le Corti dopo la sent. cost. n. 115/2018", in www.osservatorioaic.it, 2/2018, 20 giugno 2018; R. MASTROIANNI, "Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti", in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2018; *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga* Taricco*"* (a cura di Amalfitano), Milano, 2018; B. GUASTAFERRO, "*Derubricare* i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso *Taricco*", in *Quaderni costituzionali*, 2/2018, p. 441 ss.; G. MARTINICO, "Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2018, p. 781 ss.; M. BARONI, "L'*affaire* Taricco: spunti sul tema Stato costituzionale e crisi economica", in www.forumcostituzionale.it, 18 aprile 2018; C. CUPELLI, "L'epilogo del caso Taricco. L'attivazione "indiretta" dei controlimiti e gli scenari del diritto penale europeo", in *Lo Stato*, 11/2018, p. 371 ss.; *Tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Stato dell'arte e prospettive alla luce della creazione della procura europea* (a cura di Grasso, Sicurella, Bianco, Scalia), Pisa, 2018, spec. gli scritti della sez. I; G. GRASSO, "Evoluzione del diritto penale europeo e tutela dei diritti fondamentali alla luce della "saga Taricco"", in www.lalegislazionepenale.eu, 3 ottobre 2018; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e princípi identificativi*, cit., spec. pp. 67 ss. e 101 ss., ma *passim*; G. COMAZZETTO, Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017", in www.federalismi.it, 24/2018, 19 dicembre 2018; i contributi all'incontro di

È sufficiente solo, ai fini del discorso che si va ora facendo, fermare l'attenzione su un punto; ed è che nella pronunzia con cui la Consulta ha prospettato una domanda in via pregiudiziale alla Corte dell'Unione (ord. n. 24 del 2017) si è messa opportunamente in primo piano la incisione che la prima decisione su *Taricco* della Corte stessa operava a danno di una tradizione costituzionale comune in tema di legalità in materia penale, non avendo la decisione in parola tenuto in adeguato conto un principio ormai transitato nello stesso ordinamento dell'Unione[20]. La risposta della Corte di giustizia testimonia, secondo un rilievo largamente diffuso, un significativo ravvicinamento alla posizione del nostro giudice delle leggi, pur restando ad ogni modo diversi gli angoli di visuale adottati da entrambe le Corti. Sta di fatto che la Consulta nella sua pronunzia conclusiva della vicenda (sent. n. 115 del 2018), anziché limitarsi a prendere atto con soddisfazione del risultato conseguito, è tornata sui propri passi, tenendo a rimarcare come la originaria decisione della Corte lussemburghese avesse inciso la identità costituzionale del nostro ordinamento.

Ora, lo slittamento dalle tradizioni comuni alla identità in parola è, appunto, evocativo di un *animus* ispirato ad un nazionalismo costituzionale che francamente appare essere un fuor d'opera.

Ci s'intenda. Si è già fatto in altri luoghi[21] notare che l'identità costituzionale e le tradizioni comuni non necessariamente si pongono in reciproca alternativa; anzi, proprio dal punto di vista della Consulta, viene

studio su *Il "dialogo tra le corti" parla anche di processo penale. Implicazioni e ricadute della vicenda "Taricco" sui rapporti tra ordinamenti e tra istituti della giustizia penale*, cit.; D. GALLO, "Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018", in www.rivistaaic.it, 1/2019, 4 marzo 2019, spec. p. 238 ss.; F. TORRE, "Taricco *iactum est* ovvero l'incidenza della Saga Taricco nel processo costituente europeo", in www.dirittifondamentali.it, 1/2019, 13 aprile 2019.

Solo in parte analogo il caso *Dzivev*, per il modo con cui è stato definito da Corte giust. 19 gennaio 2019, in causa C-310/16, su cui v. la nota di A. BARLETTA, "C'era una volta Taricco. I rapporti tra legalità in materia penale ed obblighi UE dopo la parentesi Taricco. *Note a margine della sentenza Dzivev, in causa C-310/16*", in *Diritti comparati* (www.diritticomparati.it), 1/2019, 3 aprile 2019.

[20] La soluzione è debitrice di una sollecitazione 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 www.verfassungsblog.de, 2 agosto 2017, nonché in www.penalecontemporaneo.it, 13 settembre 2017, e, degli stessi AA., "Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome", in www.verfassungsblog.de, 5 dicembre 2017, e in www.penalecontemporaneo.it, 11 dicembre 2017).

[21] … tra i quali, il mio "Dopo *Taricco*: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?", cit.

assai arduo immaginare che possa ammettersi che si dia alcun principio fondamentale espressivo della nostra identità costituzionale che non entri, per ciò solo, a comporre altresì le tradizioni suddette. La sostanza è, insomma, sempre la stessa; cambia solo (e non è, per vero, cosa da poco) la prospettiva da cui essa è riguardata: riferire il principio di legalità in materia penale alla identità costituzionale più che alle tradizioni equivale – qui è il nocciolo della questione – a rimarcare gli elementi di separazione tra gli ordinamenti piuttosto che quelli d'integrazione.

V'è di più. In merito a quanto attiene all'identità, la Corte può – beninteso, dal suo punto di vista – rivendicare per sé il titolo di darne il riconoscimento e la complessiva connotazione[22], mentre ciò che fa parte di una tradizione suddetta resta, in ultima istanza, rimesso all'apprezzamento del giudice dell'Unione. È chiaro che quest'ultimo, accingendosi a rilevare e descrivere i tratti strutturali di una tradizione, non può non fare riferimento agli ordinamenti costituzionali dai cui serbatoi la stessa è raccolta e fatta quindi oggetto di originale rielaborazione in ambito sovranazionale, un riferimento che deve principalmente appuntarsi sul diritto costituzionale vivente e, dunque, sulla giurisprudenza nazionale che vi dà forma e voce (si badi: sull'intera giurisprudenza nazionale, e non solo su quella costituzionale, nessun operatore di giustizia potendo rivendicare per sé il monopolio della interpretazione costituzionale).

Il vero è che in *Taricco* la posta in palio era (e – come si vedrà a momenti – è) data dal bisogno, avvertito dalla nostra Corte, di spostare il baricentro in modo da fare di se stessa il luogo in cui definire in ultima istanza i rapporti tra gli ordinamenti, ricercando i punti di equilibrio idonei a preservare la *primauté* della Costituzione (e, di riflesso, del suo massimo garante). Si è, però, fatto in altri luoghi notare e qui pure si tie-

[22] Una rivendicazione che peraltro – come si sa – gode del convinto appoggio di un'accreditata dottrina [per tutti, M. LUCIANI, "*Intelligenti pauca. Il caso Taricco* torna (catafratto) a Lussemburgo", in www.osservatoriocostituzionale.it, 1/2017, 21 aprile 2017]. Si fatica però a comprendere che tanto le tradizioni costituzionali comuni quanto la identità costituzionale del singolo ordinamento non possono ormai più, nel presente contesto segnato da un'avanzata integrazione sovranazionale, considerarsi rimesse in ordine alla loro messa a punto semantica e salvaguardia ad un solo operatore, eurounitario o interno che sia. E ciò, ove si convenga – come a me pare si debba – che le tradizioni risultano composte da materiali attinti dagli ordinamenti nazionali, costitutivi ed espressivi dell'identità suddetta. Dal suo canto, quest'ultima, per un verso, gode di esplicito richiamo nell'art. 4.2 del Trattato di Lisbona, con la conseguenza che il suo apprezzamento e la sua protezione sono demandati *anche* alla Corte dell'Unione; per un altro verso, poi, l'identità risulta – come si è venuti dicendo – altresì dal principio di apertura al diritto internazionale e sovranazionale e, perciò, risente di suggestioni e indicazioni venute *ab extra*, tanto più laddove idonee a servire al meglio i diritti e, in genere, la Costituzione come "sistema".

ne a precisare che, in un sistema internamente composito e connotato dalla compresenza di più Carte (e, di conseguenza, più Corti) materialmente costituzionali, nessun operatore può rivendicare per sé il titolo di organo di vertice di una costruzione piramidale, tutti piuttosto disponendosi su basi di parità e dovendo quindi ricercare, in spirito di autentica e leale cooperazione, la soluzione di volta in volta maggiormente adeguata a dare appagamento ai diritti e, in genere, ai beni della vita meritevoli di tutela.

Le manovre di "riaccentramento", di contro, finiscono poi col ritorcersi, a mo' di *boomerang*, proprio contro chi le pone in essere, allo stesso tempo risolvendosi in un grave (e – come si vedrà – talora irreparabile) pregiudizio per i diritti.

5. La manovra di "riaccentramento" posta in essere dal nostro tribunale costituzionale (in particolare, con le sentt. nn. 269 del 2017 e 20 del 2019) e l'effetto boomerang *che se n'è avuto (e che può ulteriormente aversene) a carico dello stesso e a danno dei diritti*

Se n'è avuta, ancora non molto tempo addietro, conferma da una discussa (e discutibile) presa di posizione della Consulta al piano dei rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno, con specifico riguardo ai casi di antinomie coinvolgenti la Carta di Nizza-Strasburgo (e, in genere, ogni norma sovranazionale relativa ai diritti). Dichiarato è, infatti, il "riaccentramento" del sindacato avviato da Corte cost. n. 269 del 2017 e quindi portato ad ulteriore, esasperata affermazione dalla sent. n. 20 del 2019[23].

[23] Quest'esito è rilevato con preoccupazione sin dai primi commenti [G. BRONZINI, "La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?", in www.questionegiustizia.it, 4 marzo 2019; v., inoltre, utilmente, O. POLLICINO - F. RESTA, "Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale", in www.agendadigitale.eu, 24 febbraio 2019, e O. POLLICINO - G. REPETTO, "Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice", in www.verfassungsblog.de, 27 febbraio 2019; R.G. CONTI, "Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?", in www.giustiziainsieme.it, 5 marzo 2019; I.A. NICOTRA, "Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte", in www.federalismi.it, 7/2019, 3 aprile 2019; F. SALMONI, "Controlimiti, diritti con lo stesso *nomen* e ruolo accentrato della Consulta. L'integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla "conformità" alla Costituzione e la mera "compatibilità" con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE", in www.federalismi.it, 8/2019, 17 aprile 2019, spec. al § 4, e, se si vuole, anche il mio "La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)", in Consulta OnLine, 1/2019, 25 febbraio 2019, p. 113 ss. Si è, di recente, fatto il punto sulla vessata que-

Preliminarmente, va avvertito che la prima pronunzia sembrava circoscriverlo ai soli casi di sostanziale coincidenza tra norme della Carta in parola e norme della Costituzione sospette di essere violate da leggi nazionali. Viene tuttavia difficile immaginare che, a giudizio della Corte costituzionale, potesse (e possa) darsi il caso che risultino urtate norme della Carta sovranazionale senza che se ne abbia l'immediato riflesso altresì a carico della Costituzione[24], mentre potrebbe bene darsi che non si abbia l'inverso; e ciò, nel presupposto – invero tutto da dimostrare – che la Costituzione dica *tutto su tutto* e che lo dica *sempre nel modo migliore*, nel presupposto cioè, cui si è dietro già fatto cenno, che la Costituzione non contenga lacuna alcuna al piano del riconoscimento e della protezione da assicurare ai diritti, quanto meno che non offra mai, in tesi, una protezione minore di quella che è ai diritti offerta dalle altre Carte.

Il giudice costituzionale mette qui da parte il *criterio strutturale*, fino ad oggi posto a base del riparto delle competenze tra lo stesso giudice e i giudici comuni e delle relative tecniche decisorie utilizzabili per la risoluzione delle antinomie, criterio che porta ad attrarre al sindacato accentrato le sole violazioni di norme sovranazionali insuscettibili d'immediata applicazione, restando quindi demandato ai giudici comuni far subito valere le norme *self executing* al posto di quelle nazionali con esse incompatibili[25]. Il criterio in parola è, dunque, obbligato a cedere il

stione in V. SCIARABBA, "Metodi di tutela dei diritti fondamentali tra fonti e corti nazionali ed europee: uno schema cartesiano nella prospettiva dell'avvocato", in Consulta On-Line, 1/2019, 23 aprile 2019, p. 212 ss.; G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenza sovrastatuali*, cit., p. 114 ss., e nelle interviste A P. MORI, B. NASCIMBENE E R. MASTROIANNI su *La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?*, a cura di R.G. CONTI, in www.giustiziainsieme.it, 23-27-28 aprile 2019, e a L. TRUCCO, G. MARTINICO E V. SCIARABBA, su *La Carta UE in condominio fra Corte costituzionale e giudici comuni. Conflitto armato, coabitazione forzosa o armonico* menage*?*, cit.].

[24] Come si dirà a momenti, potrebbe tuttavia darsi la eventualità che sia denunziata la violazione di norme dell'una Carta diverse da quelle dell'altra.

[25] Colgo l'opportunità oggi offertami per rinnovare qui il dubbio, già altrove manifestato, in ordine sia alla giustificazione teorica che alla pratica utilità del doppio regime stabilito per assicurare l'implementazione e la salvaguardia in ambito interno delle norme sovranazionali.

Per il primo aspetto, ferma la circostanza per cui, allo stadio attuale raggiunto dal processo d'integrazione sovranazionale e non essendo dunque giunto a compiuta maturazione il processo costituente europeo (che, peraltro, non è dato sapere se mai e con quali forme si avrà), le norme dell'Unione hanno pur sempre bisogno della "copertura" loro offerta dall'art. 11, se ne ha che *ogni* violazione delle stesse – *siano o no autoapplicative* – ridonda pur sempre nella violazione della norma costituzionale di "copertura", portando dunque a qualificare in ogni caso come *invalida* la norma interna che se ne renda responsabile. Viene in tal modo ad emersione un autentico ossimoro teorico, dal momento che, in forza della qualificazione suddetta e facendosi utilizzo dello schema della fonte

posto ad un *criterio assiologico-sostanziale*; ed è di particolare rilievo la sua estensione, ad opera di Corte cost. n. 20 del 2019, dal solo caso, preso in considerazione dalla 269, della violazione di norma della Carta di Nizza-Strasburgo sostanzialmente coincidente con norma della Costituzione ad ogni altro in cui il parametro leso sia dato da una norma eurounitaria comunque idonea ad offrire tutela ai diritti.

L'obiettivo avuto di mira è chiaro, peraltro già anticipato in sede teorica, con specifico riguardo all'ipotesi prevista dalla 269, da uno studio portato poco prima a termine da un autorevole componente della Consulta[26]; ed è quello di spezzare l'isolamento in cui il giudice costituzionale si è venuto a trovare per effetto del "dialogo" diretto e, ancora fino a pochi anni addietro, esclusivo intrattenutosi tra la Corte di giustizia e i giudici comuni e veicolato dal meccanismo del rinvio pregiudiziale. La Corte rinnova, dunque, qui il *mea culpa* per essersi in passato esclusa dal circuito in cui opera il meccanismo suddetto e tenta dunque di recuperare almeno in parte il terreno perduto. Allo scopo, viene posta in essere una manovra assai articolata, che prende forma su un duplice

interposta, parrebbe che si debba comunque chiamare in campo il giudice costituzionale perché sanzioni come si deve la norma in parola. Senonché – e qui si rileva una irrisolta aporia di costruzione – lo stesso art. 11, mentre parrebbe sollecitare in ogni caso l'apertura di un giudizio di costituzionalità, allo stesso tempo però non lo consente con riferimento alle antinomie riguardanti le norme *self executing*, per le quali il trattato stabilisce la loro doverosa, immediata applicazione.

Sta di fatto, ad ogni buon conto, che una violazione (sia pure riflessa) dell'art. 11 è causa ora di invalidità ed ora di mera "non applicazione" diretta delle norme interne che vi danno luogo, con un effetto variabile ed esclusivamente dipendente dalla struttura nomologica degli atti sovranazionali violati.

Per il secondo aspetto, poi, non si capisce se e fino a che punto giovi davvero lo svolgimento del sindacato accentrato di costituzionalità, dal momento che, caducata la norma interna incompatibile con norma sovranazionale non autoapplicativa, il giudice molte volte non potrebbe far altro che estrarre dal principio espresso dalla seconda norma la regola da far valere nel caso, esattamente così come molte volte si fa in presenza di pronunzie additive di principio della Corte costituzionale, nell'attesa del doveroso intervento riparatore del legislatore volto a far luogo alla specificazione-attuazione del principio stesso. Tanto varrebbe allora – si è fatto altrove notare (nel mio "Effetti diretti delle norme eurounitarie e Costituzione", in *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, cit., p. 65 ss.) – dar subito modo al giudice di produrre la regola o le regole richieste dal caso, desumendole dalla norma di principio sovranazionale. Né varrebbe opporre che comunque non può farsi a meno del sindacato della Consulta, a conclusione del quale potrebbe aversi l'annullamento con effetti *erga omnes* della norma invalida. Portato infatti il ragionamento fino ai suoi ultimi e lineari svolgimenti, si avrebbe la contestazione in radice di quel canone della immediata applicazione del diritto sovranazionale che – come sappiamo – è la ragion d'essere e il marchio identificante dell'Unione.

[26] Il riferimento è, ovviamente, ad A. BARBERA, "La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia", in www.rivistaaic.it, 4/2017, 6 novembre 2017.

fronte: lungo l'asse dei rapporti con la Corte dell'Unione e lungo quello dei rapporti con i giudici comuni: una manovra, invero, abilmente condotta, che si avvale di argomenti che hanno fatto breccia in numerosa dottrina ma non per ciò – a me pare – solidamente fondata; e – ciò che maggiormente importa – una manovra che, nella forma esasperata assunta dalla pronunzia di quest'anno, apre scenari imprevedibili e francamente inquietanti, rischiando di devitalizzare lo strumento dell'applicazione diretta del quale il processo d'integrazione sovranazionale principalmente si avvale al fine di portarsi avanti e compiutamente affermarsi[27].

E infatti.

Per un verso, sul versante dei rapporti con la Corte di giustizia, la Consulta si avventura a dichiarare nella 269 che, a conti fatti, compete a se stessa stabilire in ultima istanza se la norma violata è, o no, *self executing*: un'affermazione che non richiede alcuna replica a sua confutazione[28].

Allo stesso tempo (e qui l'attacco è simultaneamente condotto contro la stessa Corte sovranazionale e i giudici comuni), ancora nella 269 veniva a circoscriversi l'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale ai soli casi in cui si faceva riferimento a "profili" diversi da quelli già rappresentati nella questione di legittimità costituzionale eventualmente ad essa in precedenza sottoposta, nell'intento di parare sul nascere il rischio del conflitto con la Corte di giustizia. È evidente che l'ipotesi formulata dalla 269 si riferiva a casi in cui si fosse data la precedenza alla pregiudizialità costituzionale rispetto a quella "comunitaria" (*rectius*, eurounitaria) e che il sindacato del giudice delle leggi si fosse concluso con l'assoluzione della norma sospetta d'invalidità.

La limitazione in parola è tuttavia, opportunamente, venuta meno con la 20, seguita ora dalla 63 e dalla 117 del 2019, così come non v'è in esse alcun appiglio che possa avallare l'ipotesi, accreditata da numerosa

[27] Quest'appunto critico è nel mio "La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)", cit., p. 113 ss.; v., inoltre, utilmente, O. POLLICINO - F. RESTA, "Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale", in www.agendadigitale.eu, 24 febbraio 2019; G. BRONZINI, "La sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale italiana. Verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?", in www.questionegiustizia.it, 28 febbraio 2019; P. MORI, nell'intervista dietro cit.

[28] Pronta la critica della più avvertita dottrina sul punto: D. GALLO, "La Corte costituzionale chiude la "saga Taricco": tra riserva di legge, mancata (?) opposizione del controlimite e implicita negazione dell'effetto diretto", in *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga* Taricco*"*, cit., p. 387, e 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 www.dirittocomparati.it, 5 giugno 2018.

dottrina all'indomani della 269[29], della necessaria precedenza della pregiudizialità costituzionale sulla "comunitaria". Un'ipotesi che – come si è fatto in altri luoghi notare[30] – non disponeva, per vero, di dati testuali sui quali appoggiarsi. Di contro, al punto 5.2 del *cons. in dir.* della pronunzia del 2017 si ribadiva il sempre possibile utilizzo dello strumento del rinvio senza alcuno sbarramento temporale, perlomeno esplicito; ed a scanso di ogni possibile equivoco troviamo ora scritto al punto 4.3 del *cons. in dir.* della 63 del 2019 che è facoltà del giudice comune di rivolgersi in sede di rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione "*anche* dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale…" (dunque, *anche* prima). Vi era (e vi è), d'altronde, un ostacolo logico, a mia opinione in-

[29] Tra gli altri, G. SCACCIA, "L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi", in www.forumcostituzionale.it, 25 gennaio 2018, e, dello stesso, "Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017", in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2017, p. 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", p. 2955 ss.; più di recente, v. R. ROMBOLI, "Dalla "diffusione" all'"accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale", in *Foro italiano*, 2018, I, p. 2226 ss.; altri riferimenti in G. COMAZZETTO, "Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017", cit., D. GALLO, "Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018", cit., spec. p. 229 ss.; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e princípi identificativi*, cit., p. 101 ss., e spec. C. AMALFITANO, "Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?", in *Il "dialogo tra le corti" parla anche di processo penale*, cit., p. 20 ss., e, ora, C. PANZERA, "Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della "doppia fedeltà". L'esperienza italiana", cit., § 8. Fanno il punto sulla vessata questione G. MARRA - M. VIOLA, "Doppia pregiudizialità, diritti fondamentali e potere di disapplicazione del giudice comune", in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2019, p. 163 ss., nonché in www.penalecontemporaneo.it, 19 marzo 2019 e, nella stessa *Rivista*, M. SCOLETTA, "Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale", 2 aprile 2019. Infine, F. SALMONI, "Controlimiti, diritti con lo stesso *nomen* e ruolo accentrato della Consulta", cit.; V. SCIARABBA, "Metodi di tutela dei diritti fondamentali tra fonti e corti nazionali ed europee: uno schema cartesiano nella prospettiva dell'avvocato", cit.; L. TRUCCO, G. MARTINICO E V. SCIARABBA, nell'intervista su *La Carta UE in condominio fra Corte costituzionale e giudici comuni. Conflitto armato, coabitazione forzosa o armonico* menage*?*, cit.; G. VITALE, "I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale", in www.federalismi.it, 10/2019, 22 maggio 2019; pure *ivi*, S. CATALANO, "Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale".

[30] … tra i quali, il mio "Tutela dei diritti fondamentali e ruolo "a fisarmonica" dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale", in www.dirittifondamentali.it, 2/2018, 18 novembre 2018, § 3.2.

sormontabile, all'accoglimento della tesi del supposto, sistematico ribaltamento dell'ordine temporale delle due pregiudizialità; ed è che molte volte solo dopo aver interpellato la Corte di giustizia il giudice comune può avere chiaro il significato della disposizione della Carta di Nizza-Strasburgo (e, ora, di ogni altra fonte idonea a dare appagamento ai diritti) evocata in campo dal caso, sì da potersi quindi determinare nel senso di rivolgersi alla Consulta laddove ne sospetti la violazione. Anteponendo il sindacato di costituzionalità, il rischio che si corre è, dunque, quello di parziali o, peggio, deformate letture ed applicazioni degli enunciati delle fonti eurounitarie, con ciò che ne consegue al piano della salvaguardia dei diritti cui esse fanno riferimento.

V'è di più. Il rischio ancora più grave che si corre è quello di gravi e ripetuti squilibri di ordine istituzionale conseguenti al nuovo indirizzo della giurisprudenza costituzionale, dei quali peraltro abbiamo già avuto alcuni segnali preoccupanti. Non v'è infatti dubbio alcuno che il punto di diritto fissato nella 269 sia risultato sgradito tanto alla Corte dell'Unione, che ha prontamente confermato il suo consolidato orientamento favorevole all'esperimento del rinvio pregiudiziale senza limiti temporali o di contenuto di sorta[31], quanto ai giudici comuni, e segnatamente al giudice della legittimità che, per un verso, ha sollecitato un "chiarimento" (in buona sostanza, un ripensamento) in merito a quanto affermato nella pronunzia suddetta circa i "profili" suscettibili di essere portati alla cognizione della Corte dell'Unione[32], ora implicitamente avutosi con la 20[33], e, per un altro verso, ha in modo fermo e chiaro dichiarato di non condividerne il senso complessivo[34].

[31] Tra le altre, v. Corte giust., Prima Sez., 20 dicembre 2017, *Global Starnet*; Grande Sez., 24 ottobre 2018, *XC, YB e ZA c. Austria*, e 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*; altri riferimenti nello scritto sopra cit. di C. AMALFITANO, ult. par.

[32] Così, nella ord. n. 3831 del 2018 della Cassazione, II Sez. civ.

[33] L'ordinanza di rimessione della Cassazione è ora fatta oggetto di Corte cost. nn. 112 e 117 del 2019, con la quale ultima è stata prospettata alla Corte dell'Unione un'articolata domanda in via pregiudiziale (in prima battuta, d'interpretazione e, in subordine, in seconda, di validità) relativamente ad alcuni disposti normativi eurounitari sospetti di violare la Carta di Nizza-Strasburgo, reinterpretata alla luce della CEDU: una buona testimonianza, quella a mia opinione resa dalla decisione in parola, di costruttivo e fecondo "dialogo" intergiurisprudenziale, ispirato dal "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti (nella circostanza, del "diritto al silenzio" in un procedimento amministrativo, la cui mancata tutela potrebbe esser causa di una sanzione "punitiva" a carico del soggetto interessato). Maggiori ragguagli sulla vicenda possono, se si vuole, aversi dal mio "Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)", in Consulta OnLine, 1/2019, 13 maggio 2019, p. 242 ss.

[34] Così, *apertis verbis*, soprattutto in Cass., sez. lav., 10 gennaio 2019, *Canestri c.*

Ebbene, il rischio assai elevato che fanno correre la 269 e, più ancora, la 20 è quello di sollecitare il giudice comune a far luogo ad utilizzi abnormi della tecnica dell'interpretazione conforme (a Costituzione così come a diritto eurounitario), sì da non dover quindi imboccare la via che porta al sindacato della Consulta. Se n'è avuta conferma dai casi numericamente assai circoscritti in cui si è assistito alla proposizione di questioni di costituzionalità nel lasso temporale trascorso dal dicembre 2017 ad oggi, casi nei quali nondimeno non si è avverata la condizione della congiunta violazione di norme sostanzialmente coincidenti delle due Carte, richiesta dalla 269[35], senza peraltro trascurare gli altri casi di aperta ribellione registratisi per ciò che concerne l'applicazione diretta della Carta dell'Unione, avutasi ugualmente malgrado il contrario indirizzo inaugurato dalla 269[36].

Come si vede, l'effetto *boomerang* paventato già all'indomani della venuta alla luce della 269 si è puntualmente riscontrato, allo stesso tempo determinandosi una duplice torsione istituzionale: dei rapporti tra legislatore e giudici, a motivo dell'artificiosa riscrittura dei testi di legge operata per via d'interpretazione, e dei rapporti tra giudici e giudici, riducendosi i casi di possibile interpello della Corte dell'Unione e di applicazione diretta della Carta di Nizza-Strasburgo, quale avrebbe potuto (e potrebbe) conseguire all'interpello stesso. Si aggiunga a ciò che, laddove dovessero – secondo l'indicazione data nella 269 e ulteriormente rimarcata nella 20 e nella 63 – incanalarsi in misura crescente le domande dei giudici comuni verso la Consulta, specie se con precedenza rispetto alla proposizione dei rinvii pregiudiziali, il numero di questi ultimi potrebbe abbassarsi drasticamente, non foss'altro che per il fatto che la Corte costituzionale è una e i giudici stessi sono molti e che, peraltro, la prima è assai restia a chiedere delucidazioni alla Corte di giustizia (tant'è che i casi fin qui riscontratisi sono, come si sa, numericamente ridottissimi), nel timore di dover poi sottostare alle indicazioni che le potrebbero essere date dalla Corte stessa, salva ovviamente la opponibilità dei "controlimiti" che però, per sua natura, è una evenienza eccezionale, fin dove possibile da scongiurare[37]. E si aggiunga ancora che la forte contra-

ICCREA Banca, ric. 2553-2014, pp. 47-48; della stessa Cass., sez. lav., v., già, nn. 12108 e 13678 del 2018.

[35] Ho anticipato questo rilievo nel mio "Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile", in Consulta OnLine, 3/2018, 24 ottobre 2018, p. 548 ss., spec. p. 562.

[36] V., part., Trib. Padova, 21 febbraio 2019, in causa n. 1591/2018.

[37] Dello strumento del rinvio pregiudiziale si è tuttavia fatto uso, in modo egregio, con la ord. n. 117 di quest'anno, dietro già richiamata. Come si rileva nella mia nota a commento della stessa, dietro cit., ciò però, con ogni probabilità, si deve alla circostanza

zione dell'area in cui può aversi riscontro del meccanismo dell'applicazione diretta fa pagare costi considerevoli ai diritti, in qualche caso invero insopportabili, sol che si pensi ai limiti intrinseci ai quali soggiace il sindacato accentrato di costituzionalità, vuoi per la perdurante esistenza di alcune zone franche nelle quali non riesce ad affermarsi[38] e vuoi (e soprattutto), in generale, per il sempre possibile consolidamento di effetti perversi prodotti da norme incostituzionali, quindi materialmente non sradicabili, effetti che invece potrebbero essere rimossi grazie alla immediata disapplicazione delle norme da cui essi originano[39].

Ora, proprio quest'ultima soluzione parrebbe esser considerata idonea ad essere messa in atto dalla più recente giurisprudenza costituzionale (e, segnatamente, dalla 20 e, soprattutto, dalla 63 e dalla 117 del 2019) col fatto stesso di acconsentire – come si è veduto – all'esperimento del rinvio pregiudiziale in ogni tempo. La Consulta, insomma, scarica sul giudice comune la scelta circa la via da imboccare, se quella che porta prioritariamente all'interpello della Corte dell'Unione ovvero l'altra che apre al sindacato accentrato, pur non tacendo la propria preferenza proprio per questa seconda opzione. Solo che quest'ultima, pur determinando il possibile (ma non – si badi – sicuro) esito della caducazione della norma interna con effetti *erga omnes*, fa a pugni – piaccia o no – con la doverosa disapplicazione immediata della norma stessa laddove ne sia provata la incompatibilità col diritto dell'Unione[40], discendente – come sappiamo – da un indeclinabile canone che sta a base dell'Unione stessa (e, prima ancora, delle Comunità europee) e che è la ragion d'essere dell'ordinamento sovranazionale[41]. Insomma, come si è fatto ancora di

per cui l'orientamento giurisprudenziale fatto proprio dalla Corte di giustizia e non condiviso dalla Consulta era molto risalente nel tempo (anteriore al varo della Carta di Nizza-Strasburgo) e, peraltro, valevole per le persone giuridiche, e non pure per quelle fisiche, nel mentre a sostegno della propria linea interpretativa la Consulta stessa si è accortamente appoggiata alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in ordine al carattere sostanzialmente "punitivo" di alcune sanzioni relative a procedimenti amministrativi.

[38] … salvo il caso, nondimeno non auspicabile, che il sindacato stesso si abbia a forza, facendo cioè violenza ai canoni che reggono lo svolgimento dei giudizi sulle leggi, a partire da quello della rilevanza, come si è avuto ad es. con riguardo alle leggi elettorali (tornerò a momenti a dire delle deviazioni operate dalla giurisprudenza dal solco tracciato dai canoni in parola, con grave alterazione del pur precario equilibrio tra l'"anima" politica e quella giurisdizionale della Corte).

[39] Ho richiamato l'attenzione su questo dato, peraltro di comune acquisizione, nel mio "La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)", cit., p. 119.

[40] … fatta, nondimeno, salva l'ipotesi che all'applicazione diretta della norma sovranazionale si opponga l'osservanza dei "controlimiti"; come sappiamo, è però questa una eventualità di assai remoto riscontro.

[41] L'applicazione diretta, peraltro, si pone – come si è fatto più volte notare [già a

recente notare[42], non è nel discrezionale apprezzamento del giudice optare per l'una ovvero l'altra tecnica di risoluzione delle antinomie né la Consulta può incoraggiarlo ad avvalersi di un siffatto potere di scelta che – come si è venuti dicendo – non gli compete. Tanto più – si faccia caso – laddove lo stesso giudice riconosca nell'atto introduttivo del giudizio di costituzionalità che la norma sovranazionale di cui denunzia la violazione possieda carattere *self executing*, accertato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia espressamente richiamata; ed è, dunque, francamente stupefacente che l'inadempienza posta in essere nei riguardi del diritto sovranazionale, nonché del principio fondamentale della Carta che vi dà "copertura", possa in siffatta circostanza godere dell'avallo dalla Consulta.

Discorso diverso è, ovviamente, quello per cui, interpellata prioritariamente la Corte di giustizia e ricevuta una indicazione tale da far pensare che la norma interna non contrasti col diritto sovranazionale, il giudice reputi che possa esservi comunque una violazione della Costituzione, sì da giustificare la proposizione di una questione di costituzionalità.

Ad ogni buon conto, la soluzione forse ottimale, quella cioè in grado di appagare a pieno le aspettative di tutti gli attori istituzionali (e – ciò che più importa – dei titolari dei diritti), parrebbe essere quella di dar modo al giudice che abbia dapprima interpellato la Corte dell'Unione di mettere da canto e fare subito applicazione della Carta di Nizza-Strasburgo, come pure di ogni altra fonte sovranazionale *self executing*, e allo stesso tempo di rimettere gli atti alla Consulta per avere la caducazione con effetti *erga omnes* delle norme interne con esse incompatibili[43]. È però evidente che una deroga siffatta alla regola della incidentalità

partire dal mio "Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità sulle leggi (introduzione ad una teoria giuridica della funzione "giurisprudenziale" conseguenziale)", in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, p. 705 ss.] – quale espressione di un vero e proprio sindacato diffuso di legittimità costituzionale discendente per effetto della "copertura" offerta dall'art. 11 cost. al canone del trattato che la prescrive; ed è singolare la circostanza per cui viene in tal modo a prodursi una "rottura" della Costituzione risultante dalla deroga disposta dal principio fondamentale in parola a carico della regola di cui all'art. 134 della Carta: singolare per il fatto che la deroga in parola è opera di un principio fondamentale nei riguardi di una regola, esattamente all'inverso di ciò che usualmente si ha (ad es., da parte delle regole di cui agli artt. 68 e 90 nei confronti del principio di cui all'art. 3).

[42] … nel mio "I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo", in Consulta OnLine, 1/2019, 25 marzo 2019, spec. p. 169 ss.

[43] È poi appena il caso qui di rimarcare di passaggio che, laddove davanti al giudice costituzionale dovesse essere denunziata la violazione di una norma della Carta dell'Unione o di altra norma sovranazionale, il giudice stesso non potrebbe discostarsi dalla ricostruzione del loro contenuto fatta dalla Corte di giustizia e, perciò, dalle indicazioni da essa date in ordine alla sussistenza del conflitto con la norma interna, sì da porta-

non potrebbe che aversi a mezzo di una esplicita previsione di legge che l'autorizzi[44].

6. Il "riaccentramento" del sindacato di costituzionalità sul versante dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, sia pattizio che consuetudinario

Anche al piano dei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno la giurisprudenza costituzionale manifesta, sia pure in seno ad indirizzi variamente strutturati in relazione ai peculiari ambiti materiali sui quali i rapporti stessi sono venuti a formazione ed hanno avuto (ed hanno) svolgimento, un complessivo orientamento marcatamente proteso a rivendicare la centralità del ruolo spettante alla Consulta in ordine alla messa a punto degli equilibri istituzionali che vengono a prendere forma al piano stesso.

Il quadro si presenta qui, per vero, assai articolato e ad oggi in parte appannato, in parte – analogamente a ciò che si è veduto essere sul versante dei rapporti con diritto eurounitario – in movimento, sì da rivelarsi alquanto incerta e problematica la sua rappresentazione: al pari delle fotografie che ritraggono soggetti non fermi, il rischio è infatti quello che l'immagine risulti "mossa" e confusa, non riuscendosi neppure ad esser certi dell'identità dei soggetti ritratti. Occorre poi guardarsi dal fermarsi alle apparenze, non di rado ingannevoli.

Si pensi, ad es., a quanto la Consulta è venuta dicendo in merito ai vincoli interpretativi espressi dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo nei riguardi dei giudici nazionali. Sappiamo da Corte cost. n. 49 del 2015 che l'obbligo per gli operatori nazionali[45] di attenersi agli orientamenti interpretativi del giudice europeo è da considerare circoscritto ai soli casi in cui gli stessi risultino "consolidati"[46]. Per la verità, non si è

re al suo annullamento. Se, di contro, la denunzia d'incostituzionalità dovesse riguardare esclusivamente norme della Costituzione, la partita si aprirebbe – com'è chiaro – ad ogni suo possibile esito.

[44] Maggiori ragguagli a riguardo di questa proposta nel mio "Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?", in Consulta On-Line, 1/2018, 23 marzo 2018, p. 155 ss. Riserve manifesta ora in merito a questa proposta S. CATALANO, "Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale", cit., § 7.

[45] … tra i quali – si faccia caso – è la stessa Corte costituzionale. Quanto, dunque, quest'ultima predica ai giudici comuni vale anche per sé, riservandosi ambiti di manovra comunque di considerevole estensione.

[46] In ordine al significato ed alle implicazioni istituzionali del termine si è avuto un acceso dibattito, ad oggi non sopito, al quale nondimeno non può ora farsi cenno.

mai capito bene quale sia il fondamento di siffatta condizione apposta agli indirizzi in parola né perché essa debba valere unicamente sul versante dei rapporti con la Corte di Strasburgo e non pure su quello dei rapporti con la Corte lussemburghese. Né – come si è fatto altrove notare – ciò può imputarsi alla circostanza per cui al diritto eurounitario è da assegnare forza "paracostituzionale" o costituzionale *tout court*, diversamente dal diritto convenzionale che – come si è dietro rammentato – avrebbe grado "subcostituzionale". In disparte la riserva di ordine generale dietro già espressa a riguardo di siffatta sistemazione, va osservato che altro è il posto detenuto da una fonte o da un sistema di norme nella scala gerarchica ed altra cosa il carattere – come dire? – flessibile della sua *vis* prescrittiva. Una volta, infatti, che si ammetta in tesi la validità della norma in campo, essa, *proprio perché tale*, va comunque osservata.

Sta di fatto che, a prender per buona l'indicazione venuta dalla pronunzia suddetta del giudice delle leggi, non v'è dubbio che ai giudici comuni verrebbe riconosciuto un margine considerevole di apprezzamento discrezionale, dai cui esiti peraltro dipenderebbe la stessa chiamata in campo della Consulta. L'obiettivo dichiarato della indicazione stessa è, infatti, quello di dar modo ai giudici di smarcarsi dal *pressing* esercitato dalla giurisprudenza europea, di mettere insomma da canto l'interpretazione conforme a CEDU (nel suo farsi diritto giurisprudenziale) per dar spazio in sua vece all'interpretazione conforme a Costituzione, la quale – qui è il punto – risulta poi largamente debitrice nei riguardi di suggestioni venute dalla giurisprudenza costituzionale; e – come si vede –, per questo verso, riemerge con vigore quella centralità di posto che la Consulta riconosce a se stessa, con specifico riguardo alle vicende concernenti i diritti e i modi della loro tutela.

Solo dunque per il caso che si sia in presenza di indirizzi interpretativi "consolidati" affermatisi a Strasburgo e giudicati incompatibili con la Costituzione, il giudice comune sarebbe tenuto a rivolgersi alla Consulta per averne una dichiarazione di illegittimità costituzionale della Convenzione "*nella parte in cui…*".

Sennonché la più recente giurisprudenza (sent. n. 43 del 2018) sembra voler contrarre gli spazi di manovra consentiti ai giudici comuni, introducendo una eccezione al criterio dell'indirizzo "consolidato" la cui giustificazione e portata nondimeno risulta ad oggi incerta. Non è chiaro, infatti, se il vincolo ora stabilito si debba alla circostanza per cui il riferimento è ad una pronunzia della Grande Camera, della quale peraltro si riconosce espressamente il carattere innovativo rispetto alla pregressa giurisprudenza (dunque, il mancato "consolidamento" dell'indirizzo da essa inaugurato) o ad altro. Sta di fatto che qui si ha una evidente assimi-

lazione, quanto meno negli effetti, tra il diritto di produzione giurisprudenziale e il vero e proprio *ius superveniens*, vale a dire si ha il riconoscimento del carattere *quodammodo* "normativo" del primo; e sarà interessante vedere se quest'orientamento potrà (e in che forma o misura) "consolidarsi" nella giurisprudenza a venire[47].

Come si vede, il vincolo interpretativo si espande e contrae a fisarmonica e, con esso, si contrae ed espande il margine di discrezionalità di cui i giudici comuni godono, i cui esiti, nondimeno, hanno, come si è venuti dicendo, da fare pur sempre i conti con verifiche in ultima istanza poste in essere dalla Consulta. Il solo limite strutturale al quale queste ultime vanno comunque soggette – è opportuno non perdere di vista – è dato dal fatto che la Corte ha comunque bisogno di essere investita della cognizione di un caso per poter far valere il proprio punto di vista[48].

Quanto, poi, alla giurisprudenza riguardante il rilievo assunto in ambito interno dalle norme internazionali generalmente riconosciute, nuovamente si hanno indicazioni dalle quali risulta palese l'obiettivo avuto di mira dal giudice costituzionale di riservare a sé il sindacato di ultima istanza in ordine alle antinomie tra le norme stesse e quelle nazionali.

Assai istruttivo al riguardo il quadro delineato nella discussa sent. n. 238 del 2014: un quadro internamente assai articolato, composto da una pluralità di linee variamente intrecciate, ciascuna delle quali meriterebbe

[47] Tra gli altri commenti alla decisione in parola, 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 www.penalecontemporaneo.it, 13 marzo 2018; E. BINDI, "Divieto di *bis in idem* e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali", in www.federalismi.it, 17/2018, 12 settembre 2018, spec. p. 20 ss.; F. PEPE, "La Corte costituzionale prende atto della metamorfosi del *ne bis in idem* europeo: fine della storia?", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2018, p. 520 ss. e, nella stessa *Rivista*, A.F. TRIPODO, "Il nuovo volto del *ne bis in idem* convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale", p. 530 ss., e R. ROMBOLI, "Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e restituzione degli atti al giudice "a quo" in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sent. 269 del 2017", p. 861 ss.; A. RANDAZZO, "In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU, alla luce della svolta rappresentata dalla sent. n. 43 del 2018", in *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, cit., p. 323 ss.; V. SCIARABBA, "Metodi di tutela dei diritti fondamentali tra fonti e corti nazionali ed europee: uno schema cartesiano nella prospettiva dell'avvocato", cit., spec. p. 216 ss.

[48] Meramente teorico-astratta si è infatti ad oggi rivelata l'ipotesi, dalla stessa Consulta – come si sa – talvolta affacciata, di un conflitto interorganico da essa sollevata avverso lesioni o menomazioni della propria sfera di competenze: è, dunque, verosimile pensare che, se ciò non si è fatto in casi particolarmente gravi ed eclatanti, non si farà in presenza di pronunzie dei giudici comuni che si discostino dallo schema messo a punto dalle pronunzie relative ai rapporti interordinamentali.

un'analisi approfondita, di cui nondimeno è altra la sede. Mi limito qui a fermare l'attenzione unicamente su un paio di punti, dai quali emerge in modo netto e chiaro il duplice intento di relativizzare, fino a sostanzialmente emarginare, il rilievo da assegnare al diritto giurisprudenziale venuto alla luce in seno alla Comunità internazionale, per un verso, e, per un altro, il ruolo che può essere giocato in occasione della emersione delle antinomie in parola dai giudici comuni. Insomma, un orientamento, quello delineato nella pronunzia in parola, che ancora una volta si segnala per il vistoso accentramento del sindacato operato dal giudice costituzionale. Ed è interessante notare che, pur di centrare il bersaglio, il giudice stesso non disdegna di discostarsi dai canoni che stanno a base dei giudizi di costituzionalità, con ciò stesso mettendo in particolare evidenza la propria "anima" politica – per riprendere una formula ormai in uso – e sacrificando, di conseguenza, quella giurisdizionale, dal cui costante equilibrio invece dipende il mantenimento della peculiare natura disegnata dalla Carta costituzionale per il massimo garante della legalità costituzionale[49]. La messa da canto dei canoni in parola si rende, infatti, palese nel momento in cui la Corte fa luogo ad una singolare aggiunta al disposto di cui all'art. 134 cost., ritenendosi competente a giudicare (non solo delle norme risultanti da leggi e da atti aventi forza di legge ma anche) di norme non scritte, e segnatamente della norma di adattamento automatico nei riguardi di una norma generalmente riconosciuta della Comunità internazionale.

La Corte fa al riguardo una sottile distinzione, per vero bene argomentata al piano teorico ma praticamente priva di sostanziale rilievo, tra il riconoscimento della esistenza di una norma prodotta in seno alla Comunità suddetta, avutosi ad opera della Corte internazionale di giustizia e sul quale la Consulta nulla intende dire, e il riconoscimento della esistenza della norma interna di adattamento, che la Corte appunto riserva in ultima istanza a se stessa. In tal modo, come si diceva, viene nei fatti

[49] La tendenza ad una vistosa e crescente politicizzazione dei giudizi è rilevata, con varietà di accenti ed argomenti, da numerosa dottrina (tra gli altri, C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bologna, 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017; *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'* (a cura di R. ROMBOLI), Torino, 2017; G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Torino, 2017; M. RAVERAIRA, "Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica", in *Lo Stato*, 11/2018, p. 123 ss., e, in prospettiva comparata, AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo* (a cura di Mezzetti, Ferioli), Bologna, 2018). Lo scostamento dai canoni processuali ne dà – come si viene dicendo – emblematica testimonianza.

devitalizzato il primo riconoscimento, che risulta improduttivo di effetti nell'ordine interno. Ciò che, però, nella circostanza sorprende è che, a giudizio della Consulta, la norma internazionale contraria a principi fondamentali e a diritti parimenti fondamentali dell'ordinamento costituzionale (qui, addirittura, quello di dignità della persona) sia da qualificare come "inesistente" (o, meglio, tale sarebbe la norma interna non scritta che dovrebbe veicolare la prima in ambito nazionale), una "inesistenza" il cui accertamento rimane – come si diceva – riservato al solo giudice costituzionale.

Stupisce, nondimeno, non solo la qualifica data del vizio che colpisce la norma ma anche la circostanza che non si dà modo ai giudici comuni di darne il riconoscimento, senza dunque che si offra agli stessi l'opportunità di chiudere subito la partita senza investire la Corte della cognizione di norme appunto "inesistenti".

La più avvertita dottrina ha da tempo e con varietà di argomenti rilevato come possano darsi più gradi d'invalidità, distinguendosi appunto una invalidità di tipo "forte" ed una "debole"[50], l'una causa di nullità-inesistenza, l'altra invece comportante la necessità dell'annullamento della norma che ne sia affetta. Dunque, non si esclude che nella circostanza potesse ricorrere, a giudizio della Consulta, la prima forma d'invalidità, per quanto in passato anche macroscopiche violazioni dei principi fondamentali siano state poste a fondamento di annullamenti, non di dichiarazioni di nullità; e, anzi, a dirla tutta, l'art. 136 cost., nel prefigurare la cessazione di efficacia della norma dichiarata costituzionalmente illegittima unicamente a far data dalla pronunzia della Corte, parrebbe escludere che tramite quest'ultima possa farsi luogo alla caducazione di norma "inesistente" (quanto meno, a tener fermo l'antico adagio secondo cui *quod nullum est nullum producit effectum*), giustificandosi pertanto il sindacato accentrato unicamente con riguardo ai casi di norme esistenti, seppur invalide (in senso debole) o – se più piace dire diversamente – laddove si sia in presenza di "controversie" relative alla osservanza della Costituzione, non già di violazioni della stessa "manifeste"[51].

[50] Riprendo qui alcuni termini che sono in R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*[2], Torino, 1992, p. 207 ss.

[51] Di contro, proprio la giurisprudenza si è, ancora da ultimo, fatta portatrice di un orientamento volto a dar spazio al sindacato stesso unicamente laddove la violazione della Carta risulti "manifesta", con specifico riferimento ai casi in cui maggiormente incombente è il rischio che il verdetto della Corte possa trovarsi esposto alla critica strumentale di essersi fatto condizionare da fattori politici esterni (così, ad es., nella nota e discussa vicenda definita con l'ord. n. 17 del 2019, avente ad oggetto il ricorso per conflitto di attribuzioni presentato da esponenti di una forza politica di opposizione e causato dall'approvazione nel dicembre dello scorso anno della legge di bilancio; analogamente,

Tra l'altro, a mio modo di vedere, la 238 non contiene un'affermazione dotata di generale valenza, secondo cui cioè *ogni* antinomia tra norme generalmente riconosciute e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale comporterebbe *in ogni caso* un vizio d'invalidità "in senso forte" in capo alle norme stesse. Non abbiamo infatti elementi sicuri che deporrebbero in tal senso; abbiamo solo il riconoscimento *in quel caso* della sussistenza del vizio "forte" in parola, per quanto non ne sia chiara la ragione.

Sta di fatto che non si capisce perché mai – ammesso pure, ma non concesso, che il vizio stesse si avesse – non si sia data al giudice comune l'opportunità di darne il riconoscimento. Avrebbe, infatti, potuto dichiararsi la inammissibilità della questione (forse, addirittura, manifesta…), lasciandosi dunque l'ultima parola per la disattivazione della norma incostituzionale (*rectius*, "anticostituzionale"[52]) allo stesso giudice comune. Di contro, volendo restare fedele al proprio consolidato orientamento, secondo cui anche le lesioni inferte ai principi fondamentali sono pur sempre causa di annullamento delle norme che le determinino, la Corte avrebbe potuto considerare come "esistente" ma invalida ("in senso debole") la norma interna di adattamento, annullandola. Una soluzione, tra l'altro, più elegante e coerente con l'attrazione a sé anche delle antinomie riguardanti norme internazionali non scritte, diversamente da ciò che può (e, forse, sempre deve) aversi in presenza di norme radicalmente nulle-inesistenti.

7. Al tirar delle somme: un'analisi senza conclusione, a motivo del carattere confuso ed opaco delle relazioni interordinamentali, allo stadio ad oggi raggiunto dai loro incerti e sofferti sviluppi, aperti ad imprevedibili esiti

È giunto il momento di tirare le fila alla luce dell'analisi qui sommariamente svolta, specie al fine di verificare quali indicazioni ne vengano in ordine ai possibili, prossimi sviluppi delle relazioni interordinamentali per come messe a punto dalla Consulta.

Confesso un certo disagio nell'accingermi a far luogo a queste ultime notazioni, che nondimeno giudico non conclusive, a motivo del fatto che il

peraltro, già con riferimento alla sindacabilità dei decreti-legge per l'aspetto della ricorrenza dei presupposti fattuali giustificativi della loro adozione, giudicata ammissibile unicamente per il caso della loro "evidente mancanza", e in altri casi ancora).

[52] Riprendo ora una qualifica che è in A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, p. 262 ss.

quadro ricostruttivo che si è tentato di prospettare, in realtà, non ne consente la prospettazione, quanto meno non esibisce linee talmente marcate da potersi considerare dotate di apprezzabile solidità. L'immagine che infatti ci viene consegnata appare essere alquanto confusa ed appannata, mostrando elementi connotati da un moto incessante e portati naturalmente a variamente combinarsi in ragione di occasionali convenienze. I rapporti tra gli ordinamenti, insomma, appaiono ad oggi essere all'affannosa e sofferta ricerca di un loro *ubi consistam* che tuttavia appare ben lungi dal poter essere raggiunto e nitidamente definito. Non v'è, in breve, a me pare, una "morale" che si tragga dai più salienti sviluppi dei rapporti stessi, idonea a riassumerne ed a rappresentarne in modo adeguato l'essenza, proponendosi allo stesso tempo quale base sufficientemente salda su cui far poggiare gli ulteriori avanzamenti dei rapporti medesimi.

C'è solo da chiedersi, in conclusione, se la tendenza al "riaccentramento" nella risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme aventi origine esterna giovi agli equilibri complessivi che tra le norme stesse (e, risalendo, gli ordinamenti di appartenenza) possono e, secondo modello costituzionale, devono pur sempre intrattenersi.

Uno degli argomenti maggiormente ricorrenti e diffusi che si fanno valere a sostegno di questa tendenza, che – come si è veduto – appare essere particolarmente vistosa e marcata nella giurisprudenza costituzionale, è che, grazie all'avocazione del sindacato in capo alla Consulta, la certezza del diritto costituzionale può essere salvaguardata al meglio; allo stesso tempo – si è soliti dire –, nessun altro giudice nazionale può farsi interprete maggiormente accreditato del giudice costituzionale per ciò che attiene alla messa a punto e rappresentazione al piano delle relazioni interordinamentali dei principi-valori espressivi della "identità" costituzionale e, conseguentemente, farsi garante delle regole che ne danno la prima, diretta ed immediata specificazione-attuazione (in seno alla stessa Carta prima e, quindi, fuori di essa).

Nessuno, ovviamente, contesta l'autorevolezza del giudice delle leggi, così come nessuno può chiudere gli occhi davanti all'imponente servizio che lo stesso ha reso (e quotidianamente rende) alla Carta ed a quanti da essa si attendono protezione ed appagamento dei loro più avvertiti bisogni.

Il punto è, però, che ogni eccesso, al pari di ogni difetto, può dar vita – lo si voglia o no e se ne abbia o no consapevolezza – a risultati forieri di gravi inconvenienti e di squilibri tangibili, in primo luogo, al piano dei rapporti istituzionali (e, segnatamente, di quelli tra giudice costituzionale e giudici comuni per un verso, giudici e legislatore per un altro verso) e, più ancora, al piano dei rapporti interordinamentali, tanto sul versante

che collega l'ordine interno a quello internazionale, quanto sull'altro che pone il primo a contatto del diritto eurounitario.

Per vero, non può essere taciuto che specie l'ultima giurisprudenza costituzionale – come si è tentato di mostrare – responsabilizza in considerevole misura il giudice comune, proprio per ciò che attiene alle dinamiche che prendono forma sul secondo dei versanti suddetti, rimettendo al giudice stesso la scelta, largamente discrezionale (e, forse, persino libera) circa la via da imboccare: se quella che apre le porte al sindacato di costituzionalità ovvero l'altra che potrebbe condurre all'applicazione diretta di norme sovranazionali al posto di norme interne con le prime incompatibili. È pure vero, ad ogni buon conto, che siffatta intercambiabilità dei percorsi intrapresi dalle singole vicende processuali (e conseguente uso alternativo delle tecniche decisorie poste a base della risoluzione delle antinomie) è predicata sul terreno su cui maturano le esperienze di tutela dei diritti fondamentali. Di contro, laddove questi ultimi non siano in gioco, sono tenuti fermi i canoni usuali di risoluzione delle antinomie stesse, tra i quali appunto quello relativo all'applicazione diretta di norme sovranazionali *self executing*. Non c'è, però, chi non veda la potenziale ed abnorme dilatazione, specie dopo la sent. n. 20 del 2019, suscettibile di aversi dell'area materiale in cui – a torto o a ragione – può aversi la denunzia della violazione di norme riguardanti i diritti fondamentali, con la conseguente (e parimenti abnorme) contrazione di quella su cui non si radica e cresce la pianta dei diritti.

Il carattere confuso ed appannato del quadro delle relazioni interordinamentali, la cui descrizione si è qui sommariamente avuta, è dunque destinato – a me pare – a diffondersi sempre di più, fino ad occupare territori materiali ad oggi inesplorati, dai confini comunque astrattamente indefinibili; d'altronde, come si sa, pressoché ovunque possono avanzarsi e farsi valere pretese di riconoscimento ed appagamento di un diritto fondamentale[53].

[53] Non è di qui riprendere l'annosa e spinosa questione relativa a ciò che è un diritto fondamentale e quali possano esserne gli indici esteriori idonei a darne il riconoscimento (riferimenti ed indicazioni, per tutti, in *Cos'è un diritto fondamentale?* (a cura di V. BALDINI), Napoli, 2017); è sufficiente tuttavia rammentare quanti nuovi (o nuovissimi) diritti siano stati "inventati", alle volte con palese forzatura, specie per mano dei giudici (costituzionali e comuni, nazionali e non), per dar credito ed alimento al timore che, dopo la sent. n. 20 del 2019, possa assistersi ad una forte accelerazione del *trend* volto al "riaccentramento" del sindacato di cui qui si viene dicendo, a meno che i giudici non raccolgano, in buon numero ed in non sporadiche occasioni, l'indicazione data dallo stesso giudice costituzionale nella parte in cui si è dichiarato non contrario a che si dia la precedenza alla pregiudizialità "comunitaria" (si è, però, veduto che la preferenza, non celata dalla Consulta, è di segno opposto).

Ora, a me pare che siffatta responsabilizzazione del giudice comune, cui compete smistare le carte, individuando di volta in volta la Corte da invitare a far parte della partita, non soltanto non risulti conforme al modello costituzionale ma possa finire con il recare un *vulnus* proprio a quella certezza del diritto della quale – come si è appena rammentato – si è fatta la bandiera del "riaccentramento" del sindacato. Come si è venuti dicendo, non si vede infatti quale sia la ragione logica che possa addursi a giustificazione del fatto che la medesima specie di antinomia sia risolta ora con la tecnica dell'annullamento ad opera del giudice costituzionale ed ora, invece, con quella della immediata applicazione di norma sovranazionale in vece di norma interna con la prima incompatibile. Si fatica, invero, a comprendere come spiegare alle parti di causa che si è ritenuto di dover dare la precedenza all'interpello dell'una anziché dell'altra Corte, nella consapevolezza che, a seconda della via intrapresa, come nel film *Sliding doors*, la vicenda potrà avere una piega completamente diversa e, di conseguenza, una conclusione parimenti diversa. Più ancora, come pure si è tentato di mostrare (e tengo qui nuovamente a ribadire), non si capisce come si possa consentire ad un giudice di rivolgersi alla Consulta, dichiarando nell'atto introduttivo del giudizio di costituzionalità, che si dà una violazione di norma sovranazionale *self executing*, senza che siffatto difetto iniziale (un autentico vizio non… *occulto* della cosa), che investe la impostazione stessa del giudizio di costituzionalità, sia poi rilevato dalla Consulta (e anzi, addirittura, sia da questa avallato).

Ad ogni buon conto, questo è lo stato dell'arte risultante dall'attuale stadio raggiunto dalla giurisprudenza costituzionale in ordine all'assetto dei rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario, senza che sia affatto agevole stabilire, seppur in modo largamente approssimativo, quali ne possano essere gli ulteriori, prossimi sviluppi.

Se ne hanno, comunque, indicazioni di particolare spessore e significato anche per ciò che attiene all'altro versante, quello dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale. Proprio l'indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla sent. n. 269 del 2017 e quindi viepiù rimarcato dalla sent. n. 20 del 2019 testimonia, infatti, la ferma intenzione della Consulta di tenere nettamente distinto il trattamento che va riservato alle norme di origine esterna riguardanti i diritti fondamentali rispetto a quello spettante alle norme restanti. Tutta la manovra di "riaccentramento" è – come si è veduto – risolutamente ed esclusivamente volta all'obiettivo di avocare alla cognizione della Corte le sole questioni dietro qualificate come assiologicamente pregnanti, rimettendosi quindi ai giudici comuni la risoluzione di quelle che appaiano prive di siffatto potenziale espressivo assiologicamente qualificato. Sappiamo che laddove vi sia la denun-

zia da parte del giudice comune della violazione di norma internazionale, essa ha *per ciò solo* il titolo richiesto per avere ingresso alla Consulta. L'intero indirizzo di cui quest'ultima si fa portatrice suona però incoraggiamento ai giudici a sbrogliare – fin dove possibile – da soli la matassa facendo un uso particolarmente insistito ed incisivo degli strumenti di cui dispongono (a partire da quello dell'interpretazione conforme).

Forse, si è poco riflettuto a tutt'oggi attorno alla circostanza per cui il marcato (e, a mia opinione, eccessivo) "riaccentramento" in ordine alle questioni riguardanti i diritti ha avuto (ed ha) quale suo innaturale compenso un parimenti eccessivo ed ingiustificato "decentramento" con riferimento alle altre questioni: un "decentramento" che, laddove risulti appunto forzato, è frutto di scelte non adeguatamente vigilate e ponderate da parte dei giudici e delle quali essi per primi sono dunque chiamati a dar conto; e, però, anche un esito questo obiettivamente incoraggiato a formarsi proprio dall'indirizzo complessivo di cui si è fin qui fatta interprete la Consulta e del quale è da prevedere un ulteriore prolungamento e radicamento negli sviluppi a venire della giurisprudenza costituzionale.

Sta di fatto che, dandosi risalto al carattere assiologicamente pregnante, nel senso sopra chiarito, delle questioni di costituzionalità avocate al sindacato accentrato, parrebbe non rilevare più – come, invece, parrebbe essere dalla formula omnicomprensiva di cui all'art. 117, I c. – la circostanza per cui in talune circostanze si sia in presenza di una violazione di *fonte* internazionale, *quale che ne sia il contenuto o la funzione*, perché comunque si radichi sulla stessa la cognizione della Corte; parrebbe, di contro, rilevare la natura delle *norme* violate, la loro attitudine appunto a dar voce e garanzia ai diritti.

La novità è di grande momento; ed è una novità – come si vede – di rottura rispetto al figurino disegnato nell'art. 134 della Carta, dove a radicare la cognizione della Consulta è unicamente la circostanza secondo cui parametro ed oggetto siano dati da certe *fonti*, per il posto detenuto nella scala in cui esse si dispongono[54].

Viene, poi, spontaneo chiedersi, in conclusione, se, una volta fatta siffatta opzione di ordine assiologico-sostanziale, essa meriti di esser portata fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, ad es., avocando a beneficio del giudizio accentrato anche le norme di fonti regolamentari

[54] D'altronde, come si è veduto facendo richiamo alla sent. n. 238 del 2014, il criterio formale posto dalla Carta a base del sindacato della Consulta, è stato fatto oggetto di una innaturale torsione e dilatazione, risultando a conti fatti convertito nell'opposto criterio sostanziale, avuto riguardo a norme comunque idonee a recare un *vulnus* ai diritti costituzionali.

direttamente ed immediatamente lesive di diritti fondamentali, specie laddove ne sia acclarata la forza normativa sostanzialmente primaria[55].

Nulla oggi possiamo dire a riguardo dello scenario qui sommariamente e problematicamente delineato. Con ogni probabilità, la Corte non ripudierà – perlomeno *expressis verbis* – il criterio formale di individuazione degli atti sindacabili nei giudizi sulle leggi, seppur eccezionalmente integrato (come nella 238 del 2014) da un criterio sostanziale. Potrà però – come si è venuti dicendo – sollecitare gli operatori di giustizia a chiamarla in campo principalmente, se non pure esclusivamente, laddove siano in gioco i diritti fondamentali, riservandosi beninteso ogni volta di dare di questi ultimi l'"autentico" riconoscimento[56].

Insomma (e per chiudere), la partita è ancora tutta da giocare. Non dimentichiamo, comunque, che, se spetta al giudice delle leggi definire in ambito interno gli assetti dei rapporti tra gli operatori di giustizia, la prima parola compete però pur sempre proprio a questi ultimi, cui tocca decidere se chiamare in campo questa o quella Corte materialmente costituzionale; e sono poi ancora i giudici comuni a chiudere il cerchio, dando "esecuzione" (in senso lato) alle pronunzie delle Corti stesse[57]. Sta

[55] Come si vede, le premesse metodico-teoriche poste dalla giurisprudenza a base del "riaccentramento" delle questioni specificamente riguardanti i diritti fondamentali, portate ai loro lineari e conseguenti sviluppi, inducono naturalmente a ripensare alla nota proposta di un'accreditata dottrina favorevole alla sottoposizione, in sede di giudizio sulle leggi e atti a queste equiparati, altresì dei regolamenti idonei a spiegare forza normativa sostanzialmente primaria (v., dunque, ancora una volta, C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964).

[56] Già solo per ciò – come si vede – si profila un quadro attraversato da un moto incessante, in seno al quale la Corte si ponga con centralità di posto, assegnando a se stessa il titolo esclusivo di stabilire nei singoli casi se ricorrano le condizioni di ammissibilità del proprio sindacato. La qual cosa, peraltro, porterà sempre di più ad una innaturale confusione tra gli accertamenti di ordine (strettamente) processuale e quelli di merito, di cui peraltro si hanno sempre più frequenti ed inquietanti testimonianze (ad es., oltre che in occasione della vicenda, sopra rammentata, di cui a Corte cost. n. 17 del 2019, con riguardo al caso *Cappato*, per come originalmente trattato da Corte cost. n. 207 del 2018).

Ad ogni buon conto, i molti volti ad oggi esibiti dagli orientamenti della Consulta con riferimento alla osservanza del limite della discrezionalità del legislatore, per un verso, nonché l'uso a fisarmonica fattosi della tecnica della interpretazione conforme parrebbero dare fiato ed alimento all'ipotesi ragionata nel testo.

[57] Una "esecuzione" essa pure idonea a prendere plurime forme ed espressioni, sol che si pensi che – come si è dietro segnalato – alle volte si tratta invero solo di fare "applicazione" del verdetto della Consulta al caso, altre invece di darvi "attuazione", con specifico riguardo ai casi in cui la Corte faccia luogo ad addizioni di principi ai testi di legge portati al suo giudizio, bisognosi pertanto di essere tradotti in regole adeguate alle peculiari esigenze dei casi stessi. Qualcosa di simile, peraltro, si ha ogni qual volta il giudice faccia luogo ad "applicazione" (*rectius*, "attuazione") diretta della Costituzione o di altra Carta, in difetto di norma di legge idonea ad esser fatta valere al fine della definizione del giudizio.

ad essi, dunque, esercitare con la dovuta vigilanza e accortezza, ma anche con il necessario coraggio e vigore, il *munus* ad essi affidato, dando fondo a tutte le risorse argomentative ed agli strumenti di cui dispongono al servizio di quanti ad essi si rivolgono per avere giustizia.

IL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ SUL DIRITTO INTERNAZIONALE: SPUNTI CRITICI

Monica LUGATO*

SOMMARIO. 1. Premessa. – PARTE I: *La necessità del controllo di costituzionalità di norme di legge di contrasto con il diritto internazionale*. – 2. La previa dichiarazione di incostituzionalità di norme di legge in contrasto con il diritto internazionale: la sua necessità rispetto al diritto internazionale generale richiamato dall'art. 10, 1° comma, Cost. – 3. (*Segue*): la sua necessità rispetto alle norme pattizie di cui all'art. 117, 1° comma, Cost. – 4. La giurisprudenza costituzionale sulla CEDU tra chiarimenti e ambiguità: *a*) Rapporto di complementarietà o di subordinazione fra Costituzione e CEDU? - *b*) La garanzia della «tutela sistemica e non frazionata dei diritti fondamentali» - *c*) Una obbligatorietà "graduata" delle sentenze rese dalla Corte europea dei diritti umani? - *d*) Effetto diretto o carattere *self-executing*? – 5. Brevi cenni conclusivi. – PARTE II*: La dottrina dei controlimiti all'applicazione del diritto internazionale in Italia*. – 6. La teoria dei controlimiti applicata dalla Corte costituzionale: premessa. – 7. Una apertura limitata al diritto internazionale generale? – 8. Sulle conseguenze dell'attivazione dei controlimiti. – 9. Controlimiti e articolo 11 della Costituzione. – 10. Brevi cenni conclusivi.

1. Premessa

La crescente internazionalizzazione della vita delle persone e delle loro attività economiche e non, unita all'aumento di norme internazionali, non più limitate – dal punto di vista del loro contenuto – ai rapporti interstatali, ha prodotto un significativo aumento dei casi nei quali la giurisprudenza nazionale si misura con l'applicazione del diritto internazionale. L'interesse del tema e l'opportunità di occuparsene sono dimostrati proprio da tale casistica: essa rivela come l'annoso dibattito su monismo e dualismo che ha impegnato autori tanto illustri non sia più sufficiente per dare risposte certe a numerosi aspetti della, e tensioni sottese alla, applicazione del diritto internazionale nei giudizi interni.

Considero necessario tenere separati gli aspetti di diritto internazionale da quelli di diritto dell'Unione europea, sia quanto alle questioni re-

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università LUMSA, Roma.

lative al giudizio di costituzionalità, sia quanto a quelle dei limiti costituzionali all'ingresso delle norme internazionali nell'ordinamento interno e dei controlimiti all'ingresso delle norme dell'Unione europea. Infatti, per il diritto dell'Unione europea si impone come dirimente, anche per i profili dei suoi rapporti con l'ordinamento italiano, la considerazione della sovranazionalità di tale ordinamento rispetto a quello degli Stati membri, la quale si esprime in particolare nel principio del primato, nella presenza di un catalogo di diritti fondamentali sanciti al livello dei Trattati e di un sistema di garanzie giurisdizionali tendenzialmente completo. Fattori che non sono presenti invece nell'ordinamento internazionale, ancora essenzialmente decentrato, ossia tributario degli ordinamenti statali per l'esercizio del potere di governo nei confronti degli individui, che si tratti di normazione, di giurisdizione o di esecuzione coercitiva. Si tratta di una distinzione che va sottolineata. È verosimile che alcune delle ambiguità che esamineremo nel prosieguo dipendano proprio dalla – incauta – assimilazione dei due ordini di norme il cui regime giuridico nel diritto interno è distinto perché distinti, appunto, sono i caratteri dei due ordinamenti.

Limiterò le mie considerazioni al diritto internazionale e mi atterrò alle questioni oggetto della tavola rotonda del convegno annuale: la necessità della previa dichiarazione di incostituzionalità della norma internazionale, generale e pattizia, in contrasto con la Costituzione (Parte I); la teoria dei controlimiti applicata dalla Corte costituzionale (Parte II). Inoltre, trattandosi di partecipazione ad una tavola rotonda, il mio intervento ha solo l'obiettivo di identificare alcuni nodi nella giurisprudenza costituzionale e di fornire qualche elemento utile per la loro discussione[1].

[1] Ne consegue anche che le citazioni saranno limitate: la dimensione e e finalità del presente contributo non consentirebbero di dare adeguatamente conto di un dibattito dottrinale esteso, significativo e in continua evoluzione. L'individuazione e la discussione dei nodi problematici nella *pratica* dell'applicazione giudiziale interna del diritto internazionale, oggetto del presente contributo, ha lo scopo di evidenziare in ultima analisi l'apporto del giudice nazionale, supremo *in primis*, alla affermazione della *rule of law*, che si delinea come una nozione unitaria alla quale concorrono i sistemi giuridici nazionali e quello internazionale. Un apporto che si esprime in termini di attuazione delle norme esistenti, eventualmente di loro integrazione attraverso il diritto interno e, infine, di promozione della loro evoluzione. In tale prospettiva, negli studi recenti, cfr. A. NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, New York, 2011.

PARTE I
La necessità del controllo di costituzionalità di norme di leggi in contrasto con il diritto internazionale

2. La previa dichiarazione di incostituzionalità di norme di legge in contrasto con il diritto internazionale: la sua necessità rispetto al diritto internazionale generale richiamato dall'art. 10, 1° comma, Cost.

Secondo i principi generalmente riconosciuti in dottrina e in giurisprudenza, il contrasto fra la norma di legge e l'art. 10, 1° comma, integrato dalla norma di diritto internazionale generale di volta in volta rilevante nel giudizio interno, rientra nelle competenze della Corte costituzionale[2]: ove il contrasto fra legge interna e norma di diritto internazionale generale non possa essere risolto in via interpretativa, il giudice ordinario deve proporre questione di costituzionalità in riferimento all'art. 10, 1° comma[3]. Ciò a condizione, naturalmente, che la norma di diritto internazionale generale sia suscettibile di applicazione "diretta" in ragione della sua volontà di indirizzarsi agli individui e del suo specifico contenuto[4].

Nel quadro della rigidità della Costituzione con controllo accentrato della costituzionalità delle leggi che è proprio dell'ordinamento italiano, la declaratoria di incostituzionalità serve quindi al suo scopo ordinamentale: fornire la garanzia giurisdizionale della Costituzione e delle leggi costituzionali, eliminando con efficacia *erga omnes* l'antinomia del livello legislativo ordinario con l'art. 10, 1° comma, e, per suo tramite, con la norma del diritto internazionale generale che esso integra nell'ordinamento interno a livello costituzionale[5]. Il giudizio di costituzionalità

[2] Sent. 17 giugno 1992 n. 278, ripresa nella sent. 22 aprile 2002 n. 131. La medesima concezione sembra accolta nella sent. 18 giugno 1979 n. 48: «vero oggetto del giudizio, cui va rivolto l'esame della Corte, concerne la compatibilità con gli invocati principi costituzionali della norma interna di adeguamento alla consuetudine internazionale generale» (punto 3; laddove non sia altrimenti indicato, ci si riferisce sempre al "considerato in diritto".).

[3] Sent. n. 264 del 2012, par. 4. Specificamente la Corte si riferisce in quel caso alla norma convenzionale che sia ricognitiva del diritto internazionale generale che ricade evidentemente nell'art. 10, 1° comma.

[4] R. BARATTA, "L'effetto diretto delle disposizioni internazionali *self executing*", in questo volume, p. 75 ss.

[5] Cfr. Corte costituzionale, Riunione straordinaria del 21 marzo 2019, *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nel 2018*, p. 7 s.

svolge una funzione "servente" non solo in relazione alla garanzia della costituzionalità delle leggi, ma anche rispetto al diritto internazionale generale, nella misura in cui assicura la conformità della legislazione interna alle sue norme – e quindi la loro osservanza nella collettività statale[6] e nella misura in cui contribuisce, come prassi giudiziaria particolarmente autorevole, alla sua rilevazione ed eventualmente evoluzione.

Peraltro, la declaratoria di incostituzionalità non è passaggio indispensabile se non laddove il giudice comune, interpretando il diritto interno in conformità al diritto internazionale generale[7], ravvisi profili di incompatibilità, fra la norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta e i principi fondamentali della Costituzione insuperabili con gli ordinari strumenti ermeneutici [8].

3. Segue: *la sua necessità rispetto alle norme pattizie di cui all'art. 117, 1° comma, Cost.*

L'orientamento consolidato della Corte costituzionale è che il giudizio di costituzionalità sia necessario ove il giudice ordinario dubiti della legittimità costituzionale di una norma interna di rango legislativo che appaia incompatibile con l'art. 117, 1° comma, di volta in volta integrato dalla norma internazionale pattizia – non riconducibile agli articoli 7, 10, 1° comma, e 11 Cost.[9] –, e il contrasto non appaia superabile con i nor-

[6] Lo affermano esplicitamente, per esempio, per l'ordinamento tedesco, le sentenze del Bundesverfassungsgericht, 14 ottobre 2004 n. 1481/04, par. 4 (punto 61) e 4 maggio 2011, numeri 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10, 571/10, I, 1, *c*) (punto 89). Sull'ordinamento francese si veda C. SANTULLI, "Monisme e dualisme dans l'exécution française du droit iternational", in questo volume, p. 45 ss.

[7] A. GIANELLI, "Il principio di conformità nell'interpretazione delle norme di diritto internazionale generale da parte del giudice interno", in questo volume, p. 219 ss.

[8] Diversa, e problematica è la questione della sindacabilità della norma consuetudinaria da parte della Corte costituzionale (su cui *infra*, Parte II). C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*[5], Milano, 2019, p. 277 s., rileva «la competenza della Corte costituzionale deve giustificarsi alla luce delle pertinenti norme costituzionali» (p. 278), le quali non includono il controllo di costituzionalità delle norme consuetudinarie.

[9] L'art. 117, 1° comma, è formulato in termini generali: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei *vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*» (corsivi aggiunti), ma finisce per avere una portata limitata al diritto internazionale non coperto da altre norme costituzionali (quelle citate nel testo) e quindi, alla fine, ai trattati internazionali, eccettuati quelli istitutivi dell'Unione europea, i Patti Lateranensi. La Carta delle Nazioni Unite riceve copertura costituzionale attraverso l'art. 11 Cost., come recentemente la Corte costituzionale ha confermato: cfr., *infra*, par. 9.

mali strumenti ermeneutici. Infatti, il giudice comune deve, prima di sollevare questione di costituzionalità, procedere ad una interpretazione della norma interna conforme a quella internazionale pattizia «fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica […]. Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma CEDU […] in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Cost., deve sollevare la questione di costituzionalità»[10]. Secondo la Corte costituzionale, la declaratoria di incostituzionalità della legge che contrasti in modo non sanabile in via interpretativa con l'art. 117, 1° comma, Cost., è necessaria e indispensabile per la soluzione del contrasto: infatti, tali contrasti «non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazione sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale», e «il giudice delle leggi ha la competenza esclusiva per la decisione di tali questioni»[11]. La maggior parte dei casi finora decisi hanno riguardato contrasti fra leggi interne e norme della Convenzione europea dei diritti umani. L'orientamento anzidetto si è affermato, precisandosi via via, a partire dalle sentenze gemelle del 2007, n. 348 e n. 349, con le quali la Corte costituzionale ha interpretato l'art. 117, 1° comma, attribuendo ai trattati resi esecutivi in Italia, non riconducibili ad altra fonte costituzionale, il rango di norme interposte fra la Costituzione la legge ordinaria.

Prima del 2007, come è noto, la giurisprudenza si atteneva al principio secondo cui le norme di attuazione dei trattati vincolanti per l'Italia assumono il rango dell'atto con il quale esse ricevono esecuzione, ma al

[10] Sent. 16 novembre 2009 n. 311, punto 6. Cfr. anche le due sentenze 24 gennaio 2019 nn. 24 e 25, che mostrano il ruolo del giudice ordinario e anche i suoi limiti. Peraltro nella sent. 26 marzo 2015 n. 49, la Corte costituzionale aveva ancora delimitato il compito del giudice comune, affermando che in ogni caso la legge italiana va interpretata in modo conforme alla Costituzione e quindi, ove vi sia una divergenza, l'interpretazione conforme alla CEDU cede rispetto alla interpretazione conforme a Costituzione; inoltre, come si vedrà più avanti, ha delimitato l'obbligo di interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte europea con riferimento alla sola giurisprudenza "consolidata" (*infra,* par. 3.*d*). Nella giurisprudenza di merito recente si segnala Cassazione (sez. un. pen.), 27 aprile 2017, n. 40076, ric. *Paternò* (su cui F. VIGANÒ, "Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato», *Diritto penale contemporaneo*, 9/2017.

[11] Sent. 22 ottobre 2007 n. 348, punto 4.3.

tempo stesso riconosceva che le norme dei trattati, resi esecutivi in Italia con legge ordinaria, avessero una resistenza alla abrogazione o modificazione da parte di leggi successive di pari rango, ossia di rango ordinario. Tale orientamento, sostenuto dalla dottrina maggioritaria, aveva trovato un avallo nella sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 1993, laddove affermava che le norme della Convenzione europea, immediatamente precettive in conseguenza della ratifica della Convenzione da parte dell'Italia, avevano un rango «sovraordinato», rispetto alla legge ordinaria e che quindi ne derivasse l'obbligo del giudice di merito di disapplicare la norma di legge interna con esse incompatibile. La «sovraordinazione» veniva ricollegata al loro essere «norme derivanti da una fonte riconducibile ad una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria», pur essendo state «introdotte nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione», ossia della legge ordinaria[12]. Sulla scia di tale posizione, peraltro non ripresa successivamente dalla Corte costituzionale, la Cassazione era portata a disapplicare le norme interne in contrasto con trattati internazionali eseguiti in Italia[13].

Tale impostazione consentiva in effetti di garantire alle norme di origine convenzionale una resistenza all'abrogazione in ragione di una "specialità" *sui generis*. Il contrasto fra leggi interne e norme contenute in trattati internazionali, pur ponendosi fra fonti di pari valore formale, poteva essere risolto dal giudice ordinario con gli usuali criteri di soluzione delle antinomie, dando prevalenza a quelle di derivazione convenzionale per la loro specialità. Da notare peraltro che la scia di casi nei quali la Cassazione assume l'orientamento anzidetto, di regola rispetto agli effetti della Convenzione europea dei diritti umani nell'ordinamento italiano, si esaurivano nella dinamica fra norme interne di rango legislativo e norme convenzionali, senza toccare quella fra norme convenzionali e Costituzione. Quest'ultima, come si è detto all'inizio, si svolgeva secondo i criteri di gerarchia formale: nella normalità dei casi essendo i

[12] Corte cost. 19 gennaio 1993 n. 10, par. 2.

[13] Esemplificativamente Cassazione (sez. un. civili), 26 gennaio 2004 nn. 1338 - 1341, che riconoscono che il giudice nazionale deve tenere conto nella determinazione dell'equo indennizzo ai sensi della legge n. 89 del 2001, dei criteri di determinazione applicati dalla Corte europea; e Cassazione (sez. un. civili), 23 dicembre 2005 n. 28507, che ravvisa nella Convenzione europea la fonte diretta del diritto alla durata ragionevole del processo e all'equa riparazione. Siamo però in un momento precedente al «chiarimento» da parte della Corte costituzionale, intervenuto con le sentenze gemelle del 2007.

trattati introdotti nell'ordinamento italiano con ordine di esecuzione reso nelle forme della legge ordinaria, essi erano considerati subordinati alla Costituzione e quindi soggetti, in caso di contrasto, non risolvibile in via ermeneutica dal giudice ordinario, al sindacato di costituzionalità[14].

È chiaro che l'introduzione di una norma costituzionale interpretata, a partire dal 2007, come formalizzazione di un rapporto gerarchico fra fonti convenzionali e legge ordinaria modifica i termini della questione in un ordinamento, come quello italiano, che ha una Costituzione rigida e prevede il controllo accentrato di costituzionalità delle leggi. Non si tratta più infatti di dirimere contrasti fra norme aventi il medesimo rango formale, ma di dirimere contrasti di norme interne di rango ordinario con norme, quelle pattizie, che l'art. 117, 1° comma, della Costituzione eleva, stando all'interpretazione della Corte costituzionale, ad un livello sovraordinato soltanto rispetto a quello della legge ordinaria; e quindi di contrasti che, ove si presentino, pongono questioni di costituzionalità, ricadendo nella competenza della Corte costituzionale[15]. Il ruolo dei giudici ordinari resta peraltro decisivo quanto all'individuazione della possibilità di interpretare il diritto interno (di rango legislativo e sublegislativo) in conformità a quello internazionale e quindi di escludere che il contrasto sussista. Invece, ove tale possibilità mancasse, il giudice dovrà sollevare l'incidente di costituzionalità. Tanto sembra di dover necessariamente ricavare dal fatto che il contrasto, non apparente ma reale, fra norma interna di rango legislativo e norma pattizia eseguita in Italia implica una violazione dell'art. 117, 1° comma, e quindi una questione di costituzionalità[16]. La non applicazione del diritto interno confliggente con gli obblighi pattizi non pare opzione praticabile, perché il nostro sistema richiede la rimozione *erga omnes* del diritto incompatibile con la Costituzione. Nella prassi recente della Corte costituzionale vi sono stati casi nei quali essa ha ritenuto la norma convenzionale (della Convenzio-

[14] Si possono ricordare esemplificativamente le sentenze rese dalla Corte costituzionale nel caso *Baraldini* (sent. 22 marzo 2001 n. 73) e quella precedente resa nel caso *Venezia* (sent. 27 giugno 1996 n. 223).

[15] Sent. 22 ottobre 2007 n. 348, par. 4.3. Lo sottolinea la *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nel 2018*, cit., p. 7 s. Si veda C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*[5], cit., p. 286 ss.

[16] Peraltro, la precisa delimitazione dei poteri del giudice comune si presta ancora a più di una incertezza. Si veda E. LAMARQUE, "Regolare le antinomie fra norme pattizie e norme di legge: il giudice comune tra interpretazione conforme, criterio di specialità e criterio cronologico", in questo volume; e G. PALMISANO, "Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni aperte a dieci anni dalle sentenze 'gemelle", *Osservatorio sulle fonti*, 2018/1, p. 18 ss.

ne europea), come interpretata dal suo giudice (la Corte europea), incompatibile con la Costituzione, non consentendone l'applicazione interna. Tali pronunce hanno aperto un nuovo fronte di difficoltà, ma, come vedremo, si tratta di casi in numero esiguo che si prestano in concreto a una serie di critiche.

4. La giurisprudenza costituzionale sulla CEDU tra chiarimenti e ambiguità.

Dunque il nuovo assetto costituzionale ha consentito di chiarire la collocazione gerarchica della CEDU nell'ordinamento italiano, ma restano molte incertezze, in particolare, sotto il profilo dei rapporti della Convenzione europea con la Costituzione e sotto quello degli effetti delle sentenze della Corte europea nell'ordinamento italiano. Su di un piano generale, si pongono per la verità anche problemi di diversa natura, primo fra tutti quello della onnicomprensività dell'art. 117, 1° comma, nell'interpretazione ad esso data dalla Corte costituzionale, rispetto all'insieme degli accordi internazionali vincolanti per il nostro Paese. Appare sempre meno convincente che a qualsivoglia trattato si riconosca nell'ordinamento interno il rango di norma interposta – che, per dirla in breve, la CEDU abbia lo stesso trattamento nell'ordinamento italiano di un trattato bilaterale in materia specifica, magari concluso in forma semplificata perché non rientrante nelle materie di cui all'art. 80 Cost. –, considerate le conseguenze giuridiche di tale collocazione gerarchica[17].

Ma, tornando alla parte più consistente della giurisprudenza costituzionale, che, come si è detto, ha avuto ad oggetto questioni di costituzionalità della CEDU, su vari aspetti della "coesistenza" della CEDU con l'ordinamento interno sono stati espressi, proprio nella sede del giudizio

[17] Esprimevo questo dubbio in M. LUGATO, "Struttura e contenuto della Convenzione europea dei diritti umani al vaglio della Corte costituzionale", in *Diritti individuali e giustizia internazionale, Liber Fausto Pocar* (a cura di Venturini e Bariatti), Milano, 2009, p. 515 ss.). V. anche L. CONDORELLI, "La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?", in *Diritti umani e diritto int.*, 2008, p. 301 ss. Sulla portata dell'art. 117, 1° comma, rispetto ai trattati e sui problemi aperti a dieci anni dalle "sentenze gemelle" si veda G. PALMISANO, "Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni aperte a dieci anni dalle sentenze 'gemelle", cit., *passim*. Sulle applicazioni recenti della Carta sociale europea come parametro interposto si veda A. TANCREDI, "La Carta sociale europea come parametro interposto nella recente giurisprudenza costituzionale: novità e questioni aperte", in *Rivista di diritto internzionale*, 2/2019, p. 490 ss.

di costituzionalità, alcuni orientamenti che appaiono difficilmente conciliabili fra loro e altrettanto difficilmente conciliabili con il diritto internazionale, con conseguenze pregiudizievoli per la certezza del diritto nell'applicazione della Convenzione nel nostro Paese e potenzialmente anche per la sua responsabilità internazionale. Fra questi, proporrei alla discussione, nell'ordine, i seguenti nodi problematici: complementarietà o subordinazione fra Costituzione e CEDU? Massima espansione delle tutele o espansione costituzionalmente limitata delle medesime? Effetti diretti o carattere *self-executing*? Efficacia vincolante delle sentenze della Corte europea o solo di alcune di esse?

a) Rapporto di complementarietà o di subordinazione fra Costituzione e CEDU?

Da un lato, la Consulta riconosce che la tutela apprestata ai diritti fondamentali dalla CEDU è «integrata» a quella costituzionale, nel segno della «massima espansione delle tutele»[18]. Dall'altro, però, escluso che abbia copertura costituzionale specifica – in particolare nell'art. 11 Cost.[19] –, la riconduce nell'alveo dell'art. 117, 1° comma, e quindi la considera in posizione subordinata alla Costituzione[20]. In definitiva, la complementarietà tra i due testi si realizzerebbe sul piano ermeneutico, e non sarebbe una complementarietà "tra pari", dato che dal punto di vista formale la Convenzione europea sarebbe subordinata alla Costituzione. Si tratta di un approccio che genera tensioni con la Convenzione, stru-

[18] E*x multis*, sentenze 4 dicembre 2009 n. 317, par. 7; 28 novembre 2012 n. 264, par. 4.1; ord. n. 223 del 2014 ; sent. 11 aprile 2018 n. 120. L'orientamento era stato espresso anche precedentemente all'introduzione dell'art. 117, 1° comma: cfr., per tutte, la sent. 22 ottobre 1999 n. 388. Per un esempio di approccio "integrato" tra Costituzione e CEDU si veda la sent. 24 gennaio 2019 n. 24, che ha dichiarato incostituzionali le norme interne che prevedono l'applicazione delle misure preventive della sorveglianza speciale e di sequestro e confisca di beni che si sospetta siano di provenienza illecita a coloro che si ritengano sulla base di elementi di fatto dediti a «traffici delittuosi».

[19] La Corte lo conferma nella sent. 24 ottobre 2007 n. 349, punto 6.1, ribadendo con nettezza che «i diritti fondamentali non possono considerarsi una "materia" in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile […] una cessione di sovranità» e che la Convenzione europea non è una realtà istituzionale distinta. È interessante osservare che nel parere n. 2 del 1994, relativo all'adesione della UE alla CEDU, la Corte di giustizia affermava che tale adesione avrebbe comportato l'inserimento della Comunità in un *sistema istituzionale* distinto.

[20] Cfr. esemplificativamente, oltre alle sentenze citate nelle due note precedenti, la sent. 15 giugno 2015 n. 109, punto 4. Si veda F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[4], Milano, 2017, p. 454, secondo cui si configura una «osmosi materiale» tra norme dei trattati sui diritti umani e norme costituzionali (p. 456). V. anche ivi, p. 460 ss.

mento eminente dell'ordine pubblico europeo. E, in effetti, la Corte costituzionale finisce per valorizzare la Convenzione, sul piano sostanziale, più di quanto non deriverebbe dal rango interposto che le assegna: solo in casi rari, come vedremo più avanti, ha fatto valere il dato formale della prevalenza gerarchica della Costituzione, finendo, peraltro per determinare violazioni degli obblighi posti dalla Convenzione europea.

In questo quadro, resta il dubbio se riconoscere l'"ancoraggio" della Convenzione europea agli articoli 2 o 11 Cost. non sarebbe più conforme al suo oggetto e scopo come strumento «dell'ordine pubblico europeo» della tutela dei diritti fondamentali, al suo vertere nella materia costituzionale per eccellenza, e alla valorizzazione sostanzialmente costituzionale che la stessa Suprema Corte finisce in concreto per riconoscerle. È da prendere atto che la Corte costituzionale lo esclude: all'art. 2 non fa nemmeno cenno[21]; dell'art. 11, come detto, respinge la pertinenza. Tuttavia, la subordinazione della Convenzione europea alla Costituzione genera le incoerenze che ho segnalato all'inizio. Inoltre, non ne beneficiano la certezza del diritto, la credibilità del nostro Paese e nemmeno la massima espansione delle tutele dei diritti fondamentali.

È dubbio che sussistano ostacoli insormontabili nelle disposizioni indicate, atti ad escluderne una interpretazione orientata nel senso anzidetto[22]. In relazione, in particolare, all'art. 2 Cost., la Corte costituzionale ha da tempo accolto la tesi della norma a fattispecie aperta[23]: quindi il riconoscimento dei diritti fondamentali di cui all'art. 2 Cost. includerebbe – oltre che i diritti enunciati nella Costituzione, in linea con la sensibilità giuridica del secolo scorso – anche quelli introdotti nell'ordinamento interno dalla CEDU. Sebbene essa sia stata resa esecutiva in Italia con

[21] Cfr., sul punto, le critiche di A. RUGGERI, "La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)", *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2007, 5 (www.forumcostituzionale.it/site/giurisprudenza/corte-costituzionale-2007.html).

[22] Il testo delle due disposizioni della Costituzione consentirebbe – ci sembra – scelte interpretative diverse: l'art. 11 Cost., aveva come obiettivo la partecipazione dell'Italia alle Nazioni Unite, un ordinamento che certamente non ha i caratteri della sovranazionalità in senso tecnico; ed è servito per garantire il primato del diritto dell'Unione europea intransigentemente difeso dalla Corte di giustizia. Che la CEDU non sia inserita in un "sistema istituzionale" è opinabile (*supra*, nt. 19) anche se si tratta di sistema istituzionale non assimilabile a quello dell'Unione europea: cfr. M. LUGATO, "Struttura e contenuto della Convenzione europea dei diritti umani al vaglio della Corte costituzionale", cit. p. 522 ss., anche per ulteriori riferimenti di dottrina e prassi.

[23] E. ROSSI, "Art. 2", *Commentario alla Costituzione*, cit., paragrafi 2.1.3, 3.1. In senso critico M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*[2], Torino, 2018, p. 150 ss.

legge ordinaria, la Corte avrebbe potuto considerarne la costituzionalizzazione *ratione materiae*, per il tramite dell'art. 2 appunto, un po' come essa ha fatto per i trattati istitutivi dell'Unione europea per il tramite dell'art. 11 Cost.[24]. Mi pare che la Convenzione risponda alle finalità e si collochi nello spirito dell'art. 2 Cost., almeno quanto i Trattati istitutivi dell'Unione europea rispondono alle finalità e si collocano nello spirito dell'art. 11 Cost. D'altra parte, ricondurre la Convenzione europea all'art. 2 Cost., munendola così di copertura costituzionale specifica, non impedirebbe alla Corte costituzionale di garantire i principi fondamentali dell'ordinamento statale e i diritti inalienabili della persona umana, costituzionalmente protetti, ove le disposizioni della Convenzione, come interpretate dal suo giudice, dovessero porsi in conflitto insanabile con tali principi supremi – cosa peraltro difficile da immaginare. È ciò che essa fa ordinariamente rispetto al diritto dell'Unione europea e ai Patti Lateranensi[25]. La Convenzione si integrerebbe nell'ordinamento nazionale al livello della Costituzione – per volontà della stessa Costituzione espressa negli articoli 2 e 117, 1° comma – come strumento per perseguire, in armonia con la Costituzione, la massima espansione della tutela dei diritti fondamentali[26]. Non potrebbe evidentemente essergli riconosciuta capacità derogatoria dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. La via dell'armonizzazione delle componenti costituzionale e internazionale della tutela dei diritti fondamentali, attraverso il dialogo fra le istituzioni giudiziarie coinvolte, piuttosto che in chiave di gerarchie e di rivendicazione di posizioni di «priorità assiologica», sembra profilarsi come più feconda e più coerente con il primato dei diritti fondamentali che è dato qualificante della realtà giuridica nazionale ed europea.

[24] Del resto, la 'peculiarità' della CEDU rispetto alla generalità degli accordi internazionali era stata riconosciuta nelle citate sentenze 348 e 349 del 2007, rispettivamente punto 4.6 e punto 6.2 del considerato in diritto. Sui riflessi di tale peculiarità sul regime della CEDU nell'ordinamento interno, v. F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[4], cit., p. 460 ss.

[25] Rispettivamente, sentenze n. 170 del 1984, cit. e 2 febbraio 1982 n. 18.

[26] L'obiettivo della «massima espansione delle tutele» apparentemente lineare, pone in realtà una serie di problemi applicativi e anche ricostruttivi: cfr. A. RUGGERI, "Un'opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (*apparenti…*) tra norme di diritto interno e norme della CEDU", *ConsultaOnline*, http://www.giurcost.org/studi/ruggeri39.pdf).

b) La garanzia della «tutela sistemica e non frazionata dei diritti fondamentali»

Da un lato, quindi, secondo la Consulta la Convenzione europea dovrebbe concorrere con la Costituzione al fine della massima espansione della tutela dei diritti fondamentali; dall'altro, però, solo ove ciò sia compatibile con la «tutela sistemica e non frazionata» dei diritti fondamentali[27], che essa soltanto può garantire, e con il margine di apprezzamento nazionale che essa ritiene «rilevante come temperamento della rigidità dei principi affermati in sede europea»[28]. In questo contesto giurisprudenziale, è ragionevole chiedersi se l'integrazione fra tutela costituzionale e tutela convenzionale dei diritti fondamentali risponde effettivamente all'obiettivo della massima espansione delle tutele – nei limiti dei principi irrinunciabili dell'ordinamento interno –, oppure se in realtà non si prefiguri come una espansione delle tutele controllata in funzione di valutazioni rimesse alla discrezione del giudice costituzionale e alla sua ultima parola.

Al riguardo, suggerisco le seguenti osservazioni. Quanto alla tutela "sistemica" dei diritti fondamentali, è da condividere senza dubbio che essa spetti agli organi statali, nel quadro giuridico delle norme costituzionali e degli obblighi posti dal diritto internazionale generale e dai trattati che lo Stato abbia concluso, e nel quadro delle scelte politiche consone al proprio regime democratico. Tuttavia, ciò mi pare riconosciuto dalla Convenzione europea, laddove essa ammette che lo Stato contraente possa sottrarsi al rispetto degli obblighi assunti in caso di «guerra o di altro pericolo pubblico eccezionale che minacci la vita della nazione» (salvi i diritti inderogabili, art. 15 CEDU) e possa limitare il godimento di alcuni dei diritti non assoluti protetti dalla Convenzione, quando si tratti di misure necessarie, in una società democratica, per salvaguardare ordine, sicurezza, i diritti e le libertà altrui e, in taluni casi, la salute, ossia quando la tutela dei diritti individuali debba essere contemperata con altri interessi generali di rango costituzionale[29]. Dunque, sottesa alla Convenzione europea vi è il riconoscimento di una sfera di autonomia

[27] Si tratta di un *Leitmotiv* della giurisprudenza costituzionale: cfr. per esempio, le sentenze 348 del 2007; 264 del 2012 più volte citate; e le sentenze 23 giugno 2014 n. 191, punto 4; 20 giugno 2017 n. 166; 24 gennaio 2019 n. 25, punto 13.

[28] E*x multis*, richiamo le già più volte citate sentenze 317 del 2009, par. 7; 264 del 2012, par. 4.1, ribadite nella sent. 25 del 2019, cit.

[29] Ammettono limitazioni condizionate ai diritti protetti gli articoli 8-11 della Convenzione europea; l'art. 2 del Protocollo n. 4 e l'art. 1 del Protocollo n. 7.

riservata alle autorità nazionali di società democratiche, alle quali compete il bilanciamento fra diritti individuali e interessi generali della collettività. La tutela dei diritti umani si pone non come obbligo assoluto e indefettibile, bensì come componente di un insieme di interessi di rango costituzionale che devono essere complessivamente salvaguardati.

Ebbene, parte significativa della giurisprudenza della Corte europea consiste nella verifica che lo Stato abbia assicurato un giusto equilibrio fra i diritti fondamentali di ogni individuo e gli interessi la cui tutela ne legittima limitazioni, nel quadro della società democratica che occorre preservare e sviluppare: «*The Court must determine whether a fair balance has been struck between the demands of the general interest and the individual interest*»[30]. È la "società democratica" la tela, per così dire, nella quale deve cucirsi armonicamente l'interpretazione delle disposizioni della Convenzione da parte della Corte europea.

Sotto questo aspetto, quindi, sembra difficile sostenere che la dimensione "sistemica" della tutela dei diritti fondamentali sia estranea alle sue valutazioni, che essa giudicherebbe solo di diritti individuali[31]. La Corte europea ha ammesso, per fare solo qualche esempio, che possono essere compatibili con la Convenzione legislazioni retroattive, quando imperiosi interessi generali lo giustifichino (esemplificativamente, nell'occasione della riunificazione tedesca); limitazioni dei diritti tutelati dall'art. 9, dettate dall'esigenza di proteggere le condizioni minime della

[30] *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, sent. (grande camera), 8 giugno 2018, ricorsi 1828/06 34163/07 e 19029/11, par. 293. Si tratta di un *Leitmotiv* della giurisprudenza della Corte europea: cfr., esemplificativamente, anche *Beyeler c. Italia*, sent. (grande camera), 5 gennaio 2000, ric.. 33202/96, par. 107; *S.A.S. c. Francia*, (grande camera), 1 luglio 2014, ric. 43835/11, par. 128; *Ališić e altri c. Bosnia e Erzegovina, Croazia, Serbia, Slovenia e la* ex *Repubblica iugoslava di Macedonia*, sent. (grande camera) 16 luglio 2014, ric. 60642/08, par. 108.

[31] Cfr. D. MCGOLDRICK, "In Defense of the Margin of Appreciation and an Argument for its Use by the Human Rights Committee", *Int. & Comparative Law Quarterly*, vol. 65, 2016, p. 21 ss.; C. GRABENWARTER, "The European Convention on Human Rights: Inherent Constitutional Tendencies and the Role of the European Court of Human Rights", in *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area, Theory, Law and Politics in Hungary and Romania* (a cura di von Bogdandy, Sonnevend), Oxford, 2014, pp. 101 ss., afferma che la «item centred» view della Corte europea spiega la "volatilità" della sua giurisprudenza in determinate aree (p. 115). Contrappone le prospettive delle corti europee (di Giustizia dell'Unione europea e dei diritti dell'uomo) a quella delle corti nazionali, «per certi versi solo "parziali"» quelle delle prime e incentrate su un «giudizio "di sintesi" tra i diversi valori» le seconde, L. DELLI PRISCOLI, "I diritti fondamentali della collettività, tra la tutela del mercato da parte della Corte di Giustizia e dei diritti fondamentali dell'uomo da parte della Corte di Strasburgo", *Rivista del diritto commerciale*, 2018, p. 305 ss.

convivenza nella collettività[32]; limitazioni della libertà di espressione, e del diritto di proprietà, dettate dall'esigenza di garantire i diritti e le libertà altrui[33]. Nei noti casi cosiddetti delle pensioni svizzere, il motivo reale per cui l'Italia viene condannata non è in sé l'adozione di leggi di interpretazione autentica con effetto retroattivo[34], ma il fatto che le ragioni addotte per giustificare una incisiva violazione nei diritti individuali, pur comprensibile in termini di tutela di un interesse generale, non erano *compelling* al punto da giustificare una così grave interferenza nei diritti garantiti dall'art. 6[35].

Ma va anche ricordato che la Corte europea riconosce che la sintesi fra tutela dei diritti individuali e altri interessi di rango costituzionale sia compito dello Stato[36]: essa ammette, come è noto, che lo Stato contraente fruisce di uno spazio di discrezionalità – il margine di apprezzamento

[32] Per esempio nei casi *Eweida e altri c. Regno Unito*, sent. 15 gennaio 2013, ricorsi 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10; *S.A.S. c. Francia*, cit.

[33] In via esemplificativa: *E.S. c. Austria*, sent. 25 ottobre 2018, ric. 38450/12, in tema di libertà di espressione; *Chassagnou e altri c. Francia*, sent. (grande camera) 29 aprile 1999, ricorsi 25088/94, 28331/95 e 28443/95, in tema di diritto di proprietà.

[34] Cfr. *Maggio c. Italia*, sent. 31 maggio 2011, ricorsi 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 and 56001/08, paragrafi 44-50; *Stefanetti c. Italia*, sent. 15 aprile 2014, ric. 21838/10, 21849/10, 21852/10, 21855/10, 21860/10, 21863/10, 21869/10 e 21870/10, par. 38. L'applicazione della legge di interpretazione autentica ai processi pendenti al momento della sua adozione ne determinava il risultato a vantaggio dello Stato. La ragione addotta dal Governo e accolta dalla Corte costituzionale (ma non dalla Corte europea) era la salvaguardia dell'equilibrio del sistema pensionistico: cfr. le sentenze 264 del 2012 e 166 del 2017, già citate.

[35] Corte europea dei diritti umani, *Maggio c. Italia*, cit., par. 43. Al riguardo, B. CONFORTI, "La Corte costituzionale applica la teoria dei controlimiti", *Rivista di diritto int.*, 2013, p. 527 ss., fa notare che le ragioni imperative di interesse generale invocate dalla Corte non sono oggetto di precisazione né lo è il principio costituzionale che sarebbe stato pregiudicato dalla sentenza resa dalla Corte europea nel caso *Maggio* (p. 529).

[36] Nella citata *partly dissenting opinion* il giudice PINTO DE ALBUQUERQUE alla sentenza *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, paragrafi 11-15 afferma: «Pareille approche est conforme à la jurisprudence de la Cour. Par exemple, dans *Kearns c. France* (n.35991/04, par. 74, 10 janvier 2008), la Cour a dit : "la marge d'appréciation dont disposent les États contractants est de façon générale ample lorsque les autorités publiques doivent ménager un équilibre entre les intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention". Il en va de même lorsqu'il convient de ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu». Il margine di apprezzamento è oggetto dell'art. 1 del Protocollo n. 15 (non ancora entrato in vigore): Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Council, *Treaty Series*, N. 213, del 24 giugno 2013. Entrerà in vigore alla ratifica da parte di tutti gli Stati contraenti della Convenzione europea. Al momento mancano le ratifiche di Bosnia-Erzegovina e Italia.

– quanto alle modalità di attuazione della Convenzione a fronte di disposizioni che siano "aperte" nel contenuto o la cui applicazione sia strettamente legata alla conoscenza e alla prossimità con la situazione locale (per esempio, l'esistenza di un pericolo per la vita della nazione; il bilanciamento fra diritti protetti e interessi generali; le modalità di esercizio del diritto di voto; l'organizzazione dei sistemi nazionali di tutela della salute), ovvero ancora oggetto di letture contrastanti fra gli Stati contraenti in aree nelle quali manchino ancora orientamenti condivisi in merito alla tutela di dati diritti fondamentali o di determinati loro contenuti[37]. È quindi, secondo l'interpretazione della Corte europea, uno spazio decisionale che la Convenzione stessa riserva all'apprezzamento dello Stato contraente, ma che è *limitato dagli obblighi convenzionali e comunque soggetto alla sua supervisione*. Non è pertanto – e non potrebbe esserlo – uno spazio unilateralmente definito da ciascuno di essi o dalle rispettive Corti supreme.

Ne deriva che, nei termini in cui è stata prospettata, l'affermazione della Corte costituzionale secondo cui il margine di apprezzamento rileva come «temperamento della rigidità dei principi della Convenzione» ne è uno snaturamento: in sostanza, infatti, la Consulta lo ricostruisce come strumento che consente allo Stato contraente di sottrarsi all'osservanza di diritti garantiti dalla Convenzione la cui violazione sia stata previamente accertata dalla Corte europea. Il che ovviamente è una deviazione dalla sua *ratio*. Una volta che lo Stato abbia esplicato il proprio apprezzamento in ordine a date questioni e che però le misure che abbia adottato in base a tale apprezzamento non abbiano superato il vaglio della "supervisione europea", non vi è alcuno spazio per invocare il margine di apprezzamento.

La via per superare un conflitto di interpretazione che può generarsi fra giudici nazionali e Corte europea non è quindi né quella di sottacere che la Corte europea è chiamata anche a valutare la tutela "di sistema" apprestata dallo Stato contraente ai diritti fondamentali, né quella di invocare il margine di apprezzamento per sottrarsi all'osservanza di obblighi il cui contenuto sia stato, per di più, accertato dalla Corte europea. Su questo punto tornerò subito appresso.

[37] Aree cioè nella quali, rispetto ad aspetti evolutivi della tutela dei diritti fondamentali manchi, come afferma la Corte europea, un "consensus europeo".

c) *Una obbligatorietà "graduata" delle sentenze rese dalla Corte europea dei diritti umani?*

Da un lato, la Corte costituzionale riconosce che «quando si tratta di asseverare il significato della disposizione della Convenzione europea rilevante nel giudizio di costituzionalità, occorre rivolgere lo sguardo al "diritto vivente europeo"[38]; dall'altro, dichiara però che il vincolo per il giudice interno è limitato alla sola giurisprudenza consolidata[39] – o ai casi in cui «nelle pronunce della Corte sia identificabile un approdo giurisprudenziale solido»[40] –, e alle sentenze pilota. Sembra quindi che la Corte costituzionale delinei una nuova graduazione dell'obbligatorietà delle sentenze rese dalla Corte europea nei confronti dell'Italia[41].

[38] Si veda Corte costituzionale 24 gennaio 2018 n. 43 e *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nel 2018*, cit., p. 22. Sul rilievo della Convenzione europea nell'interpretazione delle norme interne, inclusi i diritti fondamentali e le garanzie costituzionali, aveva preso posizione favorevole anche la Corte costituzionale tedesca: cfr. Bundesverfassungsgericht, 14 Ottobre 2004, cit., punti 32 e 47 in particolare.

[39] Sent. 26 marzo 2015 n. 49. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti: si vedano D. RUSSO, "Ancora sul rapporto fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015", *Osservatoriosullefonti.it,* 2/2015; R. CONTI, "La CEDU assediata? (Osservazioni a Corte cost. sent. N. 49/2015)", *Consultaonline* 1/2015; in questo volume P. ROSSI, "La rilevanza per il giudice nazionale della giurisprudenza 'consolidata' della Corte europea dei diritti dell'uomo", p. … ss., anche per i necessari riferimenti di dottrina e prassi. Insieme alla nozione di "diritto vivente", quella di giurisprudenza consolidata dovrebbe individuare un materiale giurisprudenziale dotato della capacità di influire sulle determinazioni di altri giudici, quindi oltre il caso deciso. Ma si tratta – come molti hanno rilevato – di nozioni che non aiutano granché vista la loro indeterminatezza e, aggiungerei, anche intrinseca instabilità, visto che anche una giurisprudenza "consolidata" può mutare, se non altro con l'evoluzione sociale e quindi le aspettative o le necessità di una data collettività. Osserva giustamente V. ZAGREBELSKI, "Corte cost. n. 49/2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione" *Osservatorio AIC*, 2/2015, (www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/vladimiro-zagrebelsky/corte-cost-n-49-del-2015-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-umani-art-117-cost-obblighi-derivanti-dalla-ratifica-della-convenzione) che nella giurisprudenza della Corte europea il rapporto fra motivazioni maggioritarie e opinioni separate è «dinamico» e non necessariamente indicativo della solidità della singola sentenza (p. 4); *adde*, su di un piano generale, il cenno di R. PARDOLESI, G. PINO, "Post-diritto e giudice", *Il Foro italiano*, 2017, col. 113 ss., col. 120 s.

[40] Sent. n. 120 del 2018, ripresa nella sent. 25 del 2019, punto 13.

[41] Vedi l'opinione parzialmente concorrente e parzialmente dissenziente del giudice PINTO DE ALBUQUERQUE nel caso *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, cit., che ne contiene una critica serrata, anche alla luce della stessa pregressa giurisprudenza costituzionale (paragrafi 83-85). Per ulteriori aspetti problematici dell'orientamento della Consulta sugli obblighi derivanti dalle sentenze della Corte europea, v. P. PIRRONE, "Obbligo di conformazione alla pronuncia della Corte di Strasburgo e revocazione della sentenza amministrati-

In proposito occorre rilevare quanto segue. In primo luogo, detto orientamento non è compatibile con gli obblighi convenzionali quando si tratti di sentenze rese dalla Corte europea nei confronti dell'Italia: le sentenze della Corte europea, quale che ne sia la configurazione, sono vincolanti per le Parti nei cui confronti sono pronunciate, come stabilisce l'art. 46, par. 1, della Convenzione e come afferma costantemente la Corte europea: «The Court would emphasise that its judgments all have the same legal value. Their binding nature and interpretative authority cannot therefore depend on the formation by which they were rendered»[42]. Ovviamente dette sentenze sono vincolanti rispetto al caso deciso – e a tutti i casi discendenti da una violazione "strutturale" oggetto della sentenza "pilota".

In secondo luogo, come è evidente nel passaggio appena citato, la giurisprudenza della Corte europea ha valore interpretativo anche *ultra partes*[43]. Si può convenire che nella misura in cui un problema interpretativo o applicativo della Convenzione su cui la Corte europea si sia pronunciata si presenti negli stessi termini in un altro Stato contraente, le regole di interpretazione dei trattati, considerazioni di economia processuale e di esecuzione in buona fede degli obblighi internazionali che lo Stato ha assunto depongano a favore dell'effetto di "*res interpretata*" delle sentenze della Corte europea, le quali, in questo senso, hanno senza dubbio rilievo per tutti gli Stati contraenti[44]. Tale rilievo verrà meno, peraltro,

va: la sentenza n. 123/2017 della Corte costituzionale", *Rivista di diritto internazionale*, 2018, pp. 515 ss.

[42] *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, cit., par. 252; v. anche sent. 7 giugno 2011, *Agrati e Altri c. Italia*, ricorsi 43549/08, 6107/09 e 5087/09, par. 62. In senso critico sulla "assolutezza" del vincolo per il giudice interno di attenersi alla giurisprudenza eventualmente anche consolidata della Corte europea, si vedano i condivisibili rilievi di G. PALMISANO, "Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni aperte a dieci anni dalle sentenze 'gemelle", cit., p. 13 ss.

[43] C. GRABENWARTER scrive di un "indicative effect" per gli Stati contraenti diversi dallo Stato convenuto nel giudizio davanti alla Corte ("The European Convention on Human Rights: Inherent Constitutional Tendencies and the Role of the European Court of Human Rights", cit., p. 107. Il valore interpretativo, *ultra partes*, della giurisprudenza della Corte europea è riconosciuto in principio dalle giurisdizioni degli altri Stati contraenti. Si veda, per esempio, Bundesverfassungsgericht 4 maggio 2011, cit., par. I, 1, c) (numeretti 89 e 90).

[44] Lo ammette del resto la stessa Corte costituzionale pur con modulazioni varie: cfr. sent. 311 del 2009, par. 6, con riferimenti alla Cassazione e alla Corte europea; anche sent. 317 del 2009 (par. 7), secondo cui l'*interpretive authority* è sulla sostanza della giurisprudenza consolidata della Corte europea; n. 43 del 2018. Cfr. G. CATALDI, "La natura *self-executing* delle norme della CEDU e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali", in *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità*

laddove il caso non sia del tutto analogo a quello già deciso, oppure specificità nazionali giustifichino una diversa declinazione dell'obbligo convenzionale e il giudice nazionale ne dimostri la compatibilità con la Convenzione, eventualmente anche ove si traducesse in una interpretazione distonica rispetto ad una giurisprudenza consolidata[45].

Mi parrebbe di poter dire che non è sulla base del carattere consolidato o meno della giurisprudenza della Corte europea che si può articolare una eventuale flessibilità dell'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte; giacché tale flessibilità non è prevista nel sistema[46]. Piuttosto, isolati casi di divergenza con l'accertamento effettuato dalla Corte nei confronti dello Stato contraente dovranno essere gestiti con lo strumento del dialogo fra le Corti, attraverso il quale la divergenza sia chiarita grazie alla puntuale rappresentazione delle ragioni per le quali l'accertamento della Corte europea non 'calza' rispetto a particolari istituti o discipline del diritto interno dello Stato contraente[47]. Si tratterà verosimilmente di episodi circoscritti di dissonanza – possibili seppur patologici –, che non sembra prudente fondare sulla negazione del carattere vincolante di talune sentenze della Corte, per la quale sarebbe arduo trovare una base giuridica convincente. Mi pare che vada sottolineato, infine, che, ove sorga un contrasto interpretativo fra giudice nazionale e giudice europeo, relativo alla portata degli obblighi posti dalla Convenzione europea, la Convenzione europea assegna "l'ultima parola", in tema di interpretazione e applicazione della Convenzione, alla Corte europea e ciò non per ragioni di «priorità assiologica» ma, più semplicemente per-

statale e ordinamenti sovranazionali (a cura di Caligiuri, Cataldi, Napoletano), Padova, 2010, p. 579 s.

[45] Esemplificativamente si confrontino le sentenze della Grande Camera della Corte europea nei casi *Leyla Şahin c. Turchia* (10 novembre 2005, ric. 44774/98) e *Lautsi c. Italia* (18 maggio 2011, ric. 30814/06), nelle quali i giudizi apparentemente contrastanti si spiegano con la diversa situazione specifica di Turchia e Italia al momento del giudizio e con le differenze tra le due fattispecie.

[46] Corte cost. n. 25 del 2019 (punti 13 e 14) ribadisce il canone della giurisprudenza consolidata come fonte del vincolo per il giudice interno, ma poi nel caso specifico si conforma a una sentenza della Corte europea (grande camera) che riconosce essere un «nuovo approdo giurisprudenziale» (*De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, ricorso n. 43395/09). Vedi anche Cassazione (sez. un. pen.), 27 aprile 2017, n. 40076, ric. Paternò.

[47] Ne sono esempi la vicenda imperniata sul caso *Horncastle*, che ha visto confrontarsi la Corte europea e la Corte suprema del Regno Unito (sia consentito rinviare a M. LUGATO, "Considerazione dei 'processi interni' e 'dialogo' fra Corti supreme", in *Dialoghi con Ugo Villani* (a cura di Triggiani, Cherubini, Ingravallo, Nalin, Virzo), II, Bari, 2018, p. 999 ss.), e, secondo la *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nel 2018*, cit., quella della confisca urbanistica fra Corte europea e corte costituzionale italiana (p. 24 s.).

ché così hanno volontariamente e liberamente deciso gli Stati contraenti della Convenzione.

Ricordo infine che la Corte costituzionale associa al vincolo derivante dalla «giurisprudenza consolidata» le sentenze pilota – è da presumere rese nei confronti dell'Italia –, ma non fornisce alcuna spiegazione in merito. Resta quindi il dubbio sulle ragioni che abbiano motivato tale accostamento[48].

d) Effetto diretto o carattere self-executing*?*

Da un lato, secondo la Corte costituzionale, la Convenzione europea non produce «effetti diretti» nell'ordinamento interno paragonabili a quelli prodotti dal diritto dell'Unione europea e quindi tali da consentire al giudice interno di applicare la norma produttiva di effetti diretti al posto di quella interna confliggente[49]; dall'altro, secondo i principi generalmente accolti in tema di adattamento e in base alla stessa prassi applicativa della Convenzione nel nostro Paese, in quanto accordo internazionale reso esecutivo in Italia, le sue disposizioni complete (*self-executing*), sono invocabili in giudizio dai singoli che ritengano di aver subito una violazione dei diritti che essa garantisce[50].

La questione non è semplice e anche la giurisprudenza – sia costituzionale che di legittimità – non appare univoca. Ci limitiamo in questa sede ad osservare che le riportate affermazioni della Corte costituzionale fanno pensare ad una contaminazione fra una categoria propria del diritto dell'Unione europea, quella appunto degli "effetti diretti" di alcune sue norme, e una categoria propria invece del diritto internazionale, quella delle norme *self-executing*. Ma le due differiscono: la prima, tecnicamente, implica l'applicazione diretta della disposizione negli ordinamenti interni degli Stati membri e la sua prevalenza sul diritto interno incompatibile perché così è stabilito dai Trattati istitutivi dell'Unione (per i rego-

[48] Si veda sul punto in senso critico V. ZAGREBELSKI, "Corte cost. n. 49/2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione", cit., p. 6.

[49] Sentenze 348 del 2007, par. 3.3; 349 del 2007, par. 6.1; 311 del 2009: «Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto)». In argomento G. CATALDI, "La natura *self-executing* delle norme della CEDU e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali", cit., p. 565 ss.

[50] G. CATALDI, "La natura *self-executing* delle norme della CEDU e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali", cit., p. 565 ss.

lamenti) o sulla base dell'orientamento della Corte di Giustizia per le norme, contenute in fonti non regolamentari del diritto UE, che siano chiare, precise e incondizionate; la seconda, invece, indica che la norma internazionale presenta alcuni caratteri – in particolare un contenuto completo e l'idoneità a regolare situazioni individuali –, tale da rendere superflua, ai fini della sua applicazione nell'ordinamento interno nei rapporti interindividuali, l'adozione di norme integrative *ad hoc* (fermi restando i meccanismi di adattamento propri dell'ordinamento nazionale). Tale valutazione riguarda la singola disposizione e dipende, da un lato, da caratteri suoi propri che l'operatore del diritto interno dovrà rilevare (completezza di contenuto e la disciplina delle situazioni giuridiche individuali); dall'altro, potrebbe dipendere anche dallo stesso diritto interno, ove disponga degli elementi necessari perché la disposizione produca effetti diretti anche se in origine ne fosse stata priva[51]. Ciò detto, va poi sottolineato che l'effetto diretto del diritto UE si combina con il principio del primato e, dal punto di vista del diritto interno, con la copertura costituzionale dell'art. 11 Cost. e gli effetti che la Corte costituzionale ne ha dedotto; mentre la completezza di contenuto[52] della norma internazionale implica semplicemente la sua idoneità ad essere applicata con l'ausilio, se necessario, di integrazioni da parte del diritto interno, una volta che essa vi sia stata immessa. Quindi, nel caso del diritto dell'Unione europea direttamente applicabile o produttivo di effetti diretti, la combinazione con il principio del primato e con la copertura costituzionale dell'art. 11 Cost., determinano la non applicazione del diritto interno incompatibile ad opera del giudice comune, fatti salvi i controlimiti[53];

[51] È ciò che la Corte costituzionale rileva rispetto all'art. 6 della Convenzione europea in combinazione con l'art. 143 del cod. proc. pen. nella sentenza n. 10 del 1993, particolarmente lineare su questo punto. L'ordinanza della Cassazione del 26 settembre 2006, n. 22357, si sofferma su questo aspetto con alcune interessanti elaborazioni, le quali correttamente distinguono nella Convenzione ciò che può essere considerato *self-executing* («i diritti da essa protetti, "riconosciuti" dagli Stati contraenti con l'articolo 1 come "fondamentali" anche nel diritto interno, con effetto immediato conseguente alla legge di ratifica»), da ciò che invece non può esserlo (i «mezzi e le modalità di tutela rimessi ai singoli Stati aderenti e agli ordinamenti interni»). Su questa problematica R. BARATTA, "L'effetto diretto", cit.; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*[5], cit., p. 266 ss., il quale anche rileva che l'uso da parte della Corte costituzionale dei termini «diretta applicabilità» e «effetto diretto» «crea una certa confusione» (p. 270).

[52] La Corte costituzionale ha utilizzato il termine di norma «autoapplicativa ossia direttamente applicabile nei rapporti intersoggettivi privati» nella sentenza n. 183 del 1994, nel caso Di Lazzaro.

[53] Cfr. Corte costituzionale sent. 7 novembre 2017 n. 269, punto 5.1. Si veda in questo volume A. PAULUS, "Relevance and Primacy of EU Law in the German Legal Order: Legal Theories and Constitutional Jurisprudence".

mentre, nel caso della Convenzione europea, alla eventuale natura *self-executing* delle sue disposizioni (incluse quelle contenute nelle sentenze della Corte europea) non corrisponde, *rebus sic stantibus*, l'effetto di non applicazione delle norme interne incompatibili, giacché tale incompatibilità lede l'art. 117, 1° comma. Cost., e, secondo l'impostazione della Corte costituzionale, che appare condivisibile, genera una questione di costituzionalità, salvo che il contrasto non sia componibile in via interpretativa.

5. Brevi cenni conclusivi

Non si può sottovalutare, a mio avviso, l'importanza del rispetto degli obblighi convenzionali, né è ammissibile, ove gli Stati contraenti di un trattato abbiano istituito un giudice competente sulla sua interpretazione e applicazione, una delimitazione in via unilaterale della portata dei medesimi. Il rispetto degli obblighi internazionali è un valore costituzionalmente riconosciuto e vincolante per tutti gli organi dello Stato, ed è un vincolo internazionale cui si associa anche quello della esecuzione in buona fede di tali obblighi, essenza della *rule of law* nella società internazionale[54]: il diritto interno non giustifica la violazione dei trattati internazionali. Quindi, mentre la declaratoria di incostituzionalità di norme di legge interne contrastanti con i trattati internazionali risponde all'ottica dell'ordinamento costituzionale e a quella dell'ordinamento internazionale, non è necessariamente vero il contrario, almeno dal punto di vista del diritto internazionale[55]. Rispetto a situazioni nelle quali si dubiti della compatibilità delle norme pattizie con il diritto costituzionale interno, il giudizio di *in*costituzionalità comporta il rischio della violazione degli obblighi internazionali dello Stato e non sembra giustificarsi se non in ipotesi estreme, e come rimedio temporaneo, in vista dell'intervento degli organi legislativi per l'adozione delle norme interne necessarie ad appianare il conflitto[56] o di quelli politici, per la valutazio-

[54] V. LOWE, *International law*, Oxford,/New York, 2007, p. 116 ss.

[55] Infatti, si darebbe l'anomalia che gli organi dello stesso Stato il cui comportamento si tratta di valutare determinerebbero se esso ha violato o no i suoi obblighi internazionali: «the rule of Law itself creates a presumption against entrusting national courts with the task of sitting in judgment on the State of which they are a part»: A. NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, cit., p. 45 ss., citazione alle pagine 45 e 299.

[56] Cfr., esemplificativamente, Corte cost. sent. 166 del 2017, par. 8.

ne della denuncia o della rinegoziazione delle condizioni della partecipazione del nostro Paese al trattato.

PARTE II
La dottrina dei controlimiti all'applicazione del diritto internazionale in Italia

6. La teoria dei controlimiti applicata dalla Corte costituzionale: premessa.

Le norme immesse attraverso l'art. 10, 1° comma, Cost., ossia le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, assumono rango costituzionale. I loro rapporti con la Costituzione dovrebbero atteggiarsi come rapporti fra fonti di pari rango. Lo stesso vale per le norme di trattati che beneficino di specifica copertura costituzionale (articoli 7 e 11 Cost.).

La Corte costituzionale ha però individuato un *limite* alla loro equiordinazione alla Costituzione italiana, rappresentato dai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dai diritti inalienabili della persona umana e diretto a preservare «i principi qualificanti e irrinunciabili dell'assetto costituzionale dello Stato»[57]. Tale nucleo di principi costituzionali non può quindi cedere di fronte alla norma internazionale generalmente riconosciuta, anteriore, posteriore o speciale che sia rispetto alla Costituzione[58], né rispetto alla norma convenzionale che sia ricondotta agli articoli 11 o 7 Cost.

Nella sentenza n. 238 del 2014, la Corte costituzionale ha aggiunto che il contrasto della norma di diritto internazionale generale con la norma costituzionale appartenente a quel nucleo esclude che detta norma possa "entrare" nell'ordinamento italiano, confermando, tuttavia, che esso concretizza i presupposti del sindacato di costituzionalità delle leggi. Per le norme dei trattati il sindacato si esercita sulla legge di esecuzione,

[57] La "dottrina dei principi supremi" è fatta risalire alla sent. n. 1146 del 1988, a partire dalla quale è stata ribadita in numerose altre pronunce della Corte costituzionale: cfr. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*[2], cit., p. 149. La citazione nel testo si riferisce alla sent. 238 del 2014, par. 3.4.

[58] Sent. n. 73 del 2001, *Baraldini*, cit., che rivede la posizione assunta dalla Corte cost. nel caso *Russel* (sent. 18 giugno 1979 n. 48, riferendosi sia al diritto internazionale generale che agli accordi internazionali, incluso il Concordato.

nella parte in cui introduce nell'ordinamento interno la disposizione che contrasti con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

Considerato che il diritto costituzionale «a ragione dei rapporti, di natura fondamentale, da esso regolati» e per «[l]'importanza e la gravità degli interessi pubblici che […] coinvolge e tutela» richiede la garanzia giurisdizionale come e più di ogni altra branca del diritto[59], il sindacato della Corte costituzionale su eventuali antinomie che con quell'assetto possano determinarsi possiede una base giuridica di diritto interno *prima facie* convincente. Tuttavia, trattandosi di norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, cui l'ordinamento giuridico italiano deve conformarsi a livello costituzionale, per effetto della stessa Costituzione (art. 10, 1° comma), il sindacato concerne i soli principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, inclusi naturalmente i diritti inalienabili della persona umana. Ciò in quanto fra gli interessi pubblici che connotano sostanzialmente l'architettura costituzionale vi è senz'altro quello dell'osservanza del diritto internazionale. Del resto, l'esigenza della garanzia dei valori costitutivi dell'ordinamento italiano rispetto a fonti esterne ad esso ha carattere generale, pur modulandosi in modo differente rispetto alle diverse fonti esterne. Si considera opponibile anche ai trattati che beneficiano di speciale copertura costituzionale; nel diritto internazionale privato è assicurata attraverso l'ordine pubblico, sebbene in principio dal giudice ordinario e non attraverso il giudizio di costituzionalità[60]. La stessa esigenza permea di sé l'ordinamento dell'Unione europea, nel quale la garanzia dei principi supremi rientra nella competenza della dalla Corte di giustizia[61]; ed è affermata in altri ordinamenti statali, anche di impostazione monista[62]. In definitiva, che i principi fon-

[59] E. TOSATO, "Garanzia delle leggi costituzionali", in *Persone, società intermedie e stato, saggi*, Milano, 1989, pp. 1 ss., p. 4.

[60] Le norme o gli atti richiamati dalle norme interne di diritto internazionale privato ritenuti contrari all'ordine pubblico restano estranei all'ordinamento interno. Le norme internazionali, invece, "vigono" nell'ordinamento interno per effetto del richiamo ad esse effettuato dall'art. 10, 1° comma. Cost., se si tratta di norme del diritto internazionale generale, o dell'ordine di esecuzione nel caso di trattati internazionali. È noto poi che il giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico non include necessariamente solo principi costituzionali, ma anche i principi fondamentali che nell'ordinamento interno fondano i vari istituti del diritto privato.

[61] Tale esigenza è stata nettamente affermata dalla Corte di Giustizia, per esempio, rispetto alle sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza: cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi*: «obligations imposed by international agreements cannot have the effect of prejudicing the constitutional principles of the EU treaty».

[62] Nell'ordinamento svizzero è oggetto di un importante dibattito. Cfr. *Clarifier la*

damentali dell'ordinamento costituzionale rappresentino un limite all'applicazione interna di norme esterne è generalmente riconosciuto. Nell'ordinamento italiano, peraltro, non si può non tenere conto del fatto che la Costituzione nel suo complesso esprime una forte scelta internazionalistica, dettata dall'interesse costituzionale che il nostro Paese sia inserito nel consesso dei rapporti internazionali orientati alla promozione e difesa dei valori sottesi alla Carta delle Nazioni Unite [63].

Si tratta di aspetti dei rapporti fra ordinamenti che si sono rivelati problematici, anche perché generalmente, in Italia e non solo, le disposizioni costituzionali sulle relazioni dell'ordinamento interno con il diritto internazionale sono scarne, proprie di un tempo in cui l'applicazione del diritto internazionale nei giudizi interni non era pervasiva come è oggi. E poi perché oltre ad essere scarne, la loro formulazione aperta, "di principio" lascia ampio spazio all'interpretazione, uno spazio nel quale è possibile fare ampio uso di una creatività giurisprudenziale che non manca di tradursi in scelte interpretative le quali, più che strettamente dettate dalla Costituzione, sono frutto di opzioni di politica del diritto o politiche *tout court*[64].

relation entre le droit international et le droit interne. Rapport du Conséil fédéral en exécution du postulat 13.3805, del 12 giugno 2015 (www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/voelkerrecht/ber-br-f.pdf).

[63] Si veda A. CASSESE, "Lo Stato e la comunità internazionale", in *Commentario alla Costituzione* (a cura di Branca), Bologna/Roma, 1975, p. 461 ss.; F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[4], cit., p. 457 ss. Nel quadro di una «Völkerrechtsfreundlichkeit» della Costituzione nazionale si muove anche la Corte costituzionale tedesca: espressa da varie delle sue disposizioni, tale «Völkerrechtsfreundlichkeit» prende effetto solo all'interno del sistema democratico e costituzionale fondato sulla *Grundgesetz*. È adesione alla comunità giuridica degli Stati liberi e amanti della pace senza rinuncia alla sovranità radicata nella Costituzione. Cfr. Bundesverfassungsgericht, 14 ottobre 2004 n. 1481/04, cit., I, 1, *b*) numeri 33-35).

[64] Si veda R. PARDOLESI, G. PINO, "Post-diritto e giudice-legislatore", cit., p. 113 ss.: l'attività del giudice oltre che rilevazione della lettera della legge, della volontà del legislatore, dello spirito dell'ordinamento, della coscienza sociale è un'attività che implica «scelte in ultima analisi etico-politiche» (p. 120); è «un esercizio di potere ed è condizionata da presupposti etico-politici raramente dichiarati ma spesso ben visibili» (p. 122). Nella sentenza 22 ottobre 2014 n. 238, di cui subito appresso, la Corte costituzionale "rilegge" anche una disposizione che non ha carattere aperto o di principio, nel momento in cui ascrive al proprio controllo *ex* art. 134 Cost. anche le norme consuetudinarie. Nella stessa sentenza non è chiaro, peraltro, quale sia il bene pubblico sotteso alla costruzione dei rapporti fra Costituzione e diritto internazionale generale che la Corte costituzionale delinea e che non appare dettata dalle norme costituzionali applicabili.

Da questo punto di vista, l'approdo cui è giunta la Corte costituzionale con la sentenza 238 del 2014 pone vari interrogativi e lascia aperti vari problemi[65]. Tra i molti sottolineerei in particolare i seguenti.

7. Una apertura limitata al diritto internazionale generale?

L'art. 10, 1° comma, Cost., non prevede alcun limite quando sancisce che l'ordinamento giuridico italiano si conforma al diritto internazionale generalmente riconosciuto. Esso prescrive l'"adattamento" automatico – immediato, completo e continuo – al diritto internazionale generale "in blocco". Si delinea invece, concretamente, con la sentenza n. 238 del 2014 un meccanismo di adeguamento condizionato e "provvisorio" in relazione alla compatibilità della norma del diritto internazionale generale con i principi costituzionali fondamentali. Come infatti la Corte costituzionale ha affermato, l'adeguamento è sottoposto al suo controllo, potendo essa rimuoverne *ex post* l'esito[66].

Altrettanto condizionata diviene l'accettazione delle limitazioni di sovranità a favore di ordinamenti che garantiscano la pace e la giustizia fra le Nazioni di cui all'art. 11 Cost. Nella stessa sentenza, infatti, la Corte costituzionale ha attivato i controlimiti rispetto all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite – anche questo per la prima volta –, per la parte in cui determina l'obbligo di adeguarsi alla sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso delle *Jurisdictional Immunities of the State*[67].

L'attivazione del limite, dichiarato fino ad allora solo astrattamente, apre un capitolo delicato visto che anche l'apertura al diritto internazionale, di cui gli articoli 10, 1° comma, e 11 sono espressione, rientra, come si è già osservato, fra gli interessi pubblici primari e caratterizzanti dell'ordinamento costituzionale repubblicano[68]. In passato, la stessa Cor-

[65] Lo documentano i moltissimi contributi che essa ha provocato. Tra le questioni discusse: l'art. 10, 1° comma, produce norme interne di adattamento o introduce le norme del diritto internazionale generale nell'ordinamento interno consentendone così l'applicazione; "filtra" i contenuti antinomici rispetto alla Costituzione impedendone l'ingresso, oppure la depurazione da tali contenuti avviene *ex post*; come si concilia il giudizio di costituzionalità sul diritto internazionale generale con il dettato dell'art. 134 della Costituzione.

[66] Corte costituzionale, sentenza 22 ottobre 2014 n. 238, par. 3.1.

[67] Corte internazionale di Giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, Greece intervening)*, sentenza del 3 febbraio 2012.

[68] Cfr. C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*[5], cit., p. 418 ss., che ne mette in rilievo le criticità.

te costituzionale aveva sottolineato con riferimento all'adattamento automatico al diritto internazionale consuetudinario, sancito dall'art. 10, 1° comma, Cost., – che «L'osservanza che a simili norme presta l'ordinamento internazionale, nel suo complesso, giustifica all'evidenza il postulato che ad esse si debba necessariamente conformare anche l'ordinamento "interno"; e ciò per evitare un intollerabile sfasamento circa la realizzazione "domestica" di principi universalmente affermati e, dunque, patrimonio comune delle genti»[69].

Con la sentenza 238 del 2014 lo sfasamento si è realizzato in concreto[70].

8. Sulle conseguenze dell'attivazione dei controlimiti

Tale sfasamento, in sé insoddisfacente, garantisce effettivamente gli interessi preminenti a difesa dei quali è stato sancito? Nel caso di specie, come è stato da alcuni rilevato, è dubbio che la declaratoria di incostituzionalità "per inesistenza" potrà incidere in concreto sui diritti delle vittime dei crimini nazisti[71]. È da chiedersi dunque se il rispetto di quei diritti non avrebbe dovuto ricevere tutela per vie diverse dal giudizio di costituzionalità sulla norma consuetudinaria che sancisce l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione statale[72].

[69] Sent. n. 129 del 2008 nel caso *Dorigo*. Sfasamento che sicuramente si è determinato, in effetti, per effetto della sent. 238 del 2014. Nello stesso ordine di idee, nel diritto inglese il diritto consuetudinario è una delle fonti della *common law* e le corti possono decidere in base ad esso: cfr. V. LOWE, *International law*, cit., p. 125.

[70] La Corte si limita in questo caso ad affermare che anche nella «prospettiva della realizzazione dell'obiettivo del mantenimento di buoni rapporti internazionali», il limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento deve prevalere (par. 3.4).

[71] G. GAJA, "Alternative ai controlimiti rispetto a norme internazionali generali e a norma dell'Unione europea", *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 1035 ss., p. 1043 ss.

[72] Risulta dal Rapporto sulla libertà religiosa per il 2018, nella parte relativa alla Francia (https://www.state.gov/reports/2018-report-on-international-religious-freedom/france/), curato dal governo degli Stati Uniti, che «Pursuant to the 2014 agreement between France and the United States on Compensation for Certain Victims of Holocaust-Related Deportation from France Who Are Not Covered by French Programs, the United States established the Holocaust Deportation Claims Program. Under the agreement, which entered into force on November 1, 2015, France provided a lump sum of $60 million to the United States for distribution to eligible claimants. At year's end, payments to claimants from this fund totaled $30,028,500».

Altra domanda è se la sentenza possa avere la conseguenza di promuovere una modifica del diritto consuetudinario, come la Corte costituzionale auspica. Non si può escluderlo, ma è dubbio. La norma internazionale dichiarata inesistente nell'ordinamento italiano è un principio strutturale dei rapporti fra Stati, riflesso della loro sovrana uguaglianza. È vero che l'istituto dell'immunità sovrana ha subito una evoluzione in senso restrittivo – avviata, come è stato sottolineato anche dalla Consulta, proprio dai giudici italiani e belgi – ma è difficile che la posizione assunta dalla Corte costituzionale italiana e dai giudici ordinari nel caso dell'immunità giurisdizionale della Germania prefiguri una nuova tappa di quel un processo. Anzitutto è respinta, allo stato, dalla Corte internazionale di giustizia che, come la stessa Corte costituzionale riconosce, è il giudice del diritto internazionale, la cui interpretazione fa stato per le parti e rispetto al caso deciso. Si possono poi aggiungere due osservazioni: si tratta di posizione non solo isolata, ma sconfessata nella prassi, giudiziaria e non, nazionale e internazionale; e nel processo del ricambio della norma consuetudinaria proprio l'atteggiamento tenuto dagli altri soggetti del diritto internazionale è dirimente per caratterizzare la condotta statale come violazione della consuetudine oppure invece come elemento materiale di una consuetudine in via di formazione. Inoltre, perché non sembra alle viste l'accettazione della derubricazione delle attività *jure imperii* di uno Stato ad opera dei giudici di un altro Stato. Vi è uno spunto condivisibile nel passaggio in cui la Corte costituzionale afferma che la regola dell'immunità protegge le funzioni sovrane dello Stato «e non l'esercizio illegittimo della potestà di governo»: ma non ne consegue, data la posizione di parità degli Stati davanti al diritto internazionale, garantita da un principio di struttura del medesimo, che la correlativa determinazione effettuata in via unilaterale, da parte dei giudici di uno Stato, sia giuridicamente opponibile agli altri Stati al fine di riconoscere o negare l'immunità senza violare il diritto internazionale[73].

9. Controlimiti e articolo 11 della Costituzione

La sentenza 238 del 2014 conferma che la Carta delle Nazioni Unite ha una copertura costituzionale specifica nell'art. 11 Cost. Conferma un

[73] V. C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*[5], cit., p. 286 ss., p. 413 ss., anche per gli ulteriori riferimenti anche agli sviluppi giurisprudenziali successivi alla sent. 238 del 2014.

dato storico, legato alle intenzioni dei Costituenti, che non aveva finora ricevuto riscontro nella sua giurisprudenza. Dunque anche la Carta delle Nazioni Unite ha uno *status* "quasi-costituzionale" nell'ordinamento internazionale trovando un controlimite nei soli principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e nei diritti inalienabili della persona umana.

Ci si può chiedere se questo possa assimilarne lo *status* nel diritto interno a quello riconosciuto al diritto dell'Unione europea. Sarei orientata per una risposta negativa. Mi sembra che depongano in questa direzione i differenti caratteri dei due "ordinamenti", sovranazionale in senso tecnico quello dell'UE, internazionale in senso tradizionale quello costituito dalla Carta delle NU. Mi sembra quindi che gli effetti della copertura costituzionale della Carta delle NU, attraverso l'art. 11 Cost., non potranno essere gli stessi riconosciuti al diritto dell'Unione. In particolare, non mi sembra che si possa *in principio* riconoscere il carattere *self-executing* alla Carta né agli atti vincolanti delle NU o alle sentenze della Corte internazionale di giustizia, che sono atti diretti agli Stati, secondo gli articoli 25 e 94 della Carta.

La sentenza 238 del 2014 conferma che l'art. 11 Cost. ha una sfera di efficacia che va oltre il diritto dell'Unione europea, senza che ciò implichi che gli speciali effetti riconosciuti a quest'ultimo nell'ordinamento italiano debbano automaticamente estendersi anche agli altri accordi ai quali esso si applica. Tali effetti dipenderanno di volta in volta dai caratteri delle limitazioni di sovranità che l'appartenenza all'accordo implichi, oltre che dalla idoneità delle norme convenzionali ad essere direttamente applicate nell'ordinamento interno. Mi pare che questo lasci aperta la porta ad ulteriori evoluzioni nell'interpretazione dell'art. 11 Cost.

10. Brevi cenni conclusivi

Insomma, l'attivazione giudiziaria dei limiti all'ingresso delle norme di diritto internazionale generale nell'ordinamento italiano nella sentenza 238 del 2014 pone problemi di ordine concettuale e di ordine pratico mentre, al tempo stesso, non si evidenzia il contributo che ne deriva né sul piano della ricostruzione dei rapporti fra norme costituzionali e diritto internazionale generale, né sul piano della protezione dei diritti individuali alla quale essa si dichiara funzionale. Mi pare che avvalori il dubbio sull'utilità di ricostruire i rapporti fra Costituzione e norme internazionali generali sulla base della gerarchia delle fonti interne, e sul fatto che gli eventuali conflitti fra principi fondamentali della Carta costitu-

zionale e norme consuetudinarie siano risolvibili in base a criteri gerarchici nella sede del giudizio di costituzionalità. La via da perseguire, ad opera di tutti gli organi dello Stato, sembra piuttosto quella dell'armonizzazione fra i principi fondamentali della Costituzione e le norme generali del diritto internazionale, almeno fino al limite della effettiva rottura insanabile con l'ordinamento costituzionale, che non sia altrimenti componibile, che sembra, peraltro, ipotesi piuttosto remota[74].

[74] F. CAPOTORTI, "L'applicazione delle norme internazionali nell'ordinamento italiano", in *Lo stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Atti del Convegno, Roma 30 giugno-2 luglio 1993, Milano, 1994, p. 534 ss. V. Anche C. DOMINICÉ, "Le droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse", in *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, (a cura di Belhumeur, Condorelli), Paris, 1997, pp. 397 - 419 (nuova edizione online reperibile all'indirizzo: https://books.openedition.org/iheid/1358?lang=it).

GIUDICE COMUNE E DIRITTI PROTETTI DALLA CARTA UE: QUESTO MATRIMONIO S'HA DA FARE O NO? A PROPOSITO DI CORTE COST. N. 20/2019*

Roberto Giovanni CONTI**

SOMMARIO: 1. La *liaison* fra giudice comune nazionale e Corte di giustizia. – 2. Il c.d. fascino della Carta UE sul giudice comune**.** – 3. L'attacco alla coppia "giudice comune-Corte di giustizia" ed il ruolo di Corte cost. n. 20/2019 dopo la sentenza n. 269/2017. – 4. Quattro riflessioni a caldo dopo Corte cost. n. 20/2019. L'importanza del dialogo post 269/2017. – 5. Il "concorso di rimedi" come antidoto per slatentizzare la *crisi* fra giudice comune e la Corte costituzionale. Una proposta. – 6. La tecnica di bilanciamento come strumento centrale per l'applicazione dei diritti fondamentali. – 7. I lati ancora oscuri di Corte cost. n. 20/2019. – 8. Conclusioni.

1. La liaison *fra giudice comune nazionale e Corte di giustizia*

Commentare a caldo Corte cost. n. 20/2019 impone di tornare sul tema dei rapporti fra le Corti e le Carte dei diritti fondamentali, qui peraltro indirizzandosi la riflessione unicamente ai rapporti fra giudice comune e diritto UE.

Prima di ciò va detto che anche in questo ambito un'analisi a ritroso di ciò che è accaduto dimostra inconfutabilmente che le soluzioni adottate, nel tempo, dalla Corte costituzionale per delineare i modi con i quali operano i diversi sistemi sovranazionali nell'ordinamento interno sono accomunate dall'essere tutte una 'reazione' a pronunzie, espresse o anche solo abbozzate, da parte del giudice comune che, dopo avere sperimentato diverse opzioni interpretative, aveva direttamente investito il giudice costituzionale della relativa questione. E senza che ciò possa liquidarsi con la considerazione che il ruolo della Corte delle leggi è sempre collegato ad un giudizio di

* Il presente lavoro trae spunto da un articolo pubblicato sulla Rivista on line Giustizia Insieme, al quale sono state apportate rilevanti modifiche nella stesura qui pubblicata.

** Consigliere della Corte di Cassazione.

costituzionalità sollevato dal giudice comune – per quel che qui interessa –.

Ciò detto, si registra da tempo un approccio amichevole fra giudice nazionale comune e Corte di giustizia.

Un *corteggiamento* iniziato in tempi remoti (casi *Simmental*, *Costa* e *Van Gend en Loos*), dapprima poco considerato dal giudice comune nazionale e poi nel tempo compreso, conosciuto e apprezzato[1].

A fare scattare un'affezione profonda nel giudice comune è stato probabilmente il forte fascino giocato dal potere di disapplicazione che a quel giudice non era e non è affatto consentito in un sistema di sindacato accentrato di costituzionalità.

Questo sentimento è diventato così progressivamente *innamoramento,* caratterizzato per dirla con Francesco Alberoni, da un'intensissima attività intellettuale in cui i due innamorati si sono nel tempo studiati, con la benedizione della stessa Corte costituzionale, impartita con la sentenza *Granital* – Corte cost. n. 170/1984 – universalmente individuata come l'approdo più importante nel *cammino comunitario* della Consulta[2].

La componente nazionale della coppia ha così rimesso in discussione la propria vita, scoprendo nel tempo una tendenza che, affiancandosi alla valorizzazione della Costituzione e del suo ruolo come giudice interno tenuto all'interpretazione costituzionalmente orientata, ha fatto maturare un'identità di giudice europeo[3] che si è affiancata a quella forgiata sulla base del sistema interno, per certi versi ad essa sovrapponendosi, per altri versi completandola armonicamente.

In entrambe le vesti – o indossando i due cappelli, come piace dire a chi scrive – il giudice comune ha compreso il proprio ruolo di "interprete primo" delle Carte dei diritti[4] e, in generale, dei diritti fondamentali, al quale si è affiancato quello di "interprete del diritto comunitario" più vicino ai fatti e, per questo, capace meglio di chiunque altro, dello stesso

[1] R. CONTI, "La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto UE", in *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, a cura di A. CIANCIO, Torino, 2017, p. 75 ss.

[2] P. BARILE, "Il cammino comunitario della Corte"*,* in *Giur. cost.,*1973, p. 2406.

[3] Sul ruolo del rinvio pregiudiziale v. R. ROMBOLI, "Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo", in *Rivista AIC*, n°: 3/2014, 12 settembre 2014, 5. In generale, sul rinvio pregiudiziale è indispensabile il rinvio al saggio monografico di E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia*, Torino, 2013.

[4] Ma v. sulla diversità delle interpretazioni orientate a Costituzione e alle Carte dei diritti sovranazionali P. GAETA, "Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale", in *Archivio penale*, 2012, n. 1, 3.

legislatore nazionale, di dare espansione ai diritti di matrice sovranazionale.

L'innamoramento è diventato fidanzamento quando ci si è accorti che i nessi di collegamento fra i due *partner* non erano improntati in modo da considerare uno dei due amanti in posizione autoritaria e patriarcale ma, piuttosto, orientati ad una equiordinazione condotta abilmente dalla Corte di giustizia, capace di affidare sempre più ambiti alla "fase discendente" – successiva alla risposta della Corte Ue al rinvio pregiudiziale – ed investendo essa stessa il giudice comune di compiti che spettano, meglio che a ogni altro, al predetto quale *giudice del diritto eurounitario di diritto comune*.

In questa prospettiva, il dato maggiormente caratterizzante di questa continua osmosi fra Corte di Lussemburgo e giudice nazionale nasce dal fatto che il primo demanda sempre più di frequente al secondo un'attività di bilanciamento fra diritti successiva alla individuazione della portata del diritto di matrice UE (fondamentale o meno che sia), cedendo – *recte*, condividendo – una parte non marginale delle proprie competenze. Ciò fa, è bene chiarirlo fin da subito, non perché tale attività sia riservata al giudice nazionale e sia dunque sganciata dalla portata vincolante della sentenza interpretativa resa dalla Corte UE ma, al contrario, perché proprio tale attività è "coperta" dal diritto di matrice sovranazionale e segue le regole del diritto eurounitario, ma si ritiene poter essere meglio svolta dal giudice UE di prossimità.

La pronunzia della Corte UE, dunque, non rappresenta il tassello finale ed ultimo della vicenda. Per dirla con linguaggio da pratico la causa non è spesso chiusa dopo la sentenza del giudice UE, ma anzi è per effetto della pronunzia della Corte di giustizia che si apre una nuova fase innanzi al giudice nazionale[5].

In questo senso, il sempre più frequente ricorso, nelle pronunzie della Corte di Lussemburgo, alla formula "spetta al giudice nazionale verificare" dimostra quanto sia la stessa Corte ad avere ben presente il ruolo, fondamentale ed ineliminabile, riservato al giudice nazionale nella fase di attuazione concreta delle decisioni di Lussemburgo.

Ciò a conferma della residualità dei tratti di gerarchia e della centralità della regola dell'integrazione, direttamente collegata agli effetti della

[5] In termini generali sul ruolo del giudice nazionale in sede di proposizione del rinvio pregiudiziale e nella fase successiva v. P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2015, p. 428; v., volendo, anche R. CONTI, "Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea", http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/23_ottobre_relazione_Conti.pdf.

pronunzia resa in sede pregiudiziale dalla Corte che non esauriscono il potere decisionale del giudice (nazionale) *a quo,* invece tenuto a coniugare e sagomare la decisione eurounitaria con il diritto interno, operando appunto secondo i meccanismi dell'interpretazione conforme o della disapplicazione (*rectius,* non applicazione) ovvero, ove tale ultimo meccanismo non possa operare (rapporto orizzontale, direttiva non *self-executing)*, del rinvio alla Corte costituzionale ex art. 117 primo comma Cost.[6] – almeno stando agli insegnamenti consolidati anteriori a Corte cost. n. 269/2017 –.

Fatto si è che questo connubio fra giudice comune e Corte di Lussemburgo si è ulteriormente rafforzato, con reciproca soddisfazione dei *partner* grazie alla naturale vocazione al dialogo espressa da una presunzione di ricevibilità del rinvio pregiudiziale sollevato dal giudice nazionale, più volte predicata dalla Corte di Giustizia[7].

Già altrove ho provato ad evidenziare le rime di questa *liason* che è apparsa minacciata dall'esterno. Quando un rapporto di coppia subisce delle aggressioni ciò può dipendere da fattori endogeni o esogeni. Un'insoddisfazione di uno dei due *partner*, un'infatuazione di uno dei due per un terzo, una crisi di coppia determinata da un tradimento.

Orbene, la coppia "giudice nazionale comune-Corte di giustizia" è stata fin qui caratterizzata da fedeltà e rispetto reciproco.

Una coppia ideale capace di valorizzare i due *partner* e fondata sul dialogo aperto, franco, mai sordo.

2. Il fascino della Carta UE sul giudice comune

A prescindere da ogni disquisizione sulla natura dell'*obiter* espresso nella sentenza n. 269/2017, una peculiarità a mio avviso non marginale accompagna la 'precisazione' ivi contenuta, per l'appunto rappresentata dal fatto che, immediatamente dopo la sua pubblicazione, i più attenti osservatori hanno richiamato alcuni articoli di dottrina che hanno costituito il retroterra culturale della precisazione. Il riferimento va in particolare al pensiero a più riprese declinato nel saggio del Professore Barbera[8], che all'interno di un articolato ragionamento individua nel *fascino*

[6] Si rinvia a R. CONTI, *"*Test di costituzionalità e direttive non *self executing*: un dialogo ancora aperto con la Granital*"*, in *Corr.giur*., 2007, 12, p. 1665.

[7] Cfr. Corte giust., 8 novembre 1990, causa C-231/89, *Gmurzynska*, punto 20; Corte giust.16 luglio 1992, C-343/90, *Dias*, 16. Più di recente, Corte giust., 16 giugno 2015, causa C-62/14, p. 25.

[8] A. BARBERA, "La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di

prodotto dalla Carta di Nizza-Strasburgo sul giudice comune un effetto di traboccamento capace di snaturarne il senso, portandola oltre il confine ad essa riservato e, per la sua sostanziale identità con i contenuti della Costituzione, rischia di minare il ruolo della Corte costituzionale e di arginarne la portata.

Già in altra occasione ci siamo permessi di non concordare su quest'ultima ricostruzione della giurisprudenza del giudice comune.

I precedenti ricordati sono sparuti, per lo più provenienti da giudici di merito e assolutamente marginali, risolvendosi, in definitiva, in una sola pronunzia – il richiamo a Cass. n. 12996/2016 non sembra rilevante – della Cassazione penale in tema di estradizione (Cass. n. 54467/2016).

Ora, l'operazione interpretativa della Corte di Cassazione a proposito della Carta UE messa in campo nella sentenza appena ricordata potrà convincere o meno, ma è pur sempre frutto di un'attività ermeneutica che compete in via esclusiva al giudice comune, soggetto soltanto alla legge. Affermare, in definitiva, che l'interpretazione offerta dalla Cassazione nel caso di specie non è convincente è cosa che si può e si deve fare in ambito dottrinario. Anzi, mi inscrivo tra coloro che hanno per tempo manifestato una certa insoddisfazione per l'approccio complessivo mostrato dalla Corte di legittimità rispetto alla Carta ed alle sue potenzialità, spesso risultando i richiami ad essa 'muti'[9].

Ben diverso è, tuttavia, ricondurre a tale statuizione della Corte di Cassazione una spia del traboccamento, tanto non apparendo consentito alla Corte costituzionale che, certamente, ha il pieno potere di fissare le regole di accesso al processo costituzionale, ma non può imporre al giudice comune di interpretare il diritto UE e la Carta dei diritti fondamentali nel modo ritenuto corretto, anche se di matrice sostanzialmente costituzionale. Ciò che, in definitiva, è lo stesso Barbera a riconoscere quando il raggio di operatività è quello del diritto UE, auspicando infatti non solo un ripensamento dei principi in tema di disapplicazione da parte della Corte di Giustizia, ma anche una contrazione del raggio di azione della Corte di Lussemburgo in sede di rinvio pregiudiziale. Auspici che, allo stato, tali sembrano rimanere, almeno fino a quando quel giudice si misurerà con il *new deal* inaugurato dalla Corte costituzionale.

Ma anche a volere, per un solo attimo, condividere la critica mossa a

Giustizia*",* in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegniseminari /SIVIGLIABARBERA.pdf.

[9] V., volendo, R. CONTI, "L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione da parte della Corte di Cassazione, in 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, Torino, 2016, p. 209 ss.

Cass. pen. n. 54467/2016 – peraltro su una questione assai dibattuta tra gli interpreti qual è quella dei rapporti fra "ambito di applicazione del diritto dell'Unione" e "attuazione del diritto"[10] e, in definitiva dell'estensione della Carta oltre i confini UE[11] – poteva essere quella sola pronunzia della Corte di legittimità a dimostrare l'obnubilamento del giudice comune rispetto agli ambiti della Carta di Nizza-Strasburgo?

La risposta è certamente e risolutivamente negativa.

Basta, sul punto, rinviare alle personali riflessioni svolte in occasione del Convegno di Messina sulla Carta dei diritti dell'UE dell'ottobre 2015 organizzato dal Prof. Ruggeri[12] per scorgervi plurimi precedenti, financo delle Sezioni Unite della Cassazione, che avevano ben messo in chiaro come la Carta dei diritti UE non fosse applicabile 'oltre distretto' – cfr. Cass. n. 4184/2012, Cass. n. 9595/2012, Cass. S. U. n. 10130/2012, Cass. n. 9026/2013, Cass. n. 17006/2014, Cass. S. U. n. 22772/2014, Cass. S. U. n. 23867/2014, Cass. n. 43453/2014 –.

Si tratta di pronunzie rese in varie materie che sembrano esprimere, da epoca remota rispetto a quella in cui si colloca Corte cost. n. 63/2016 – ricordata da Barbera –, principi consolidati e che non lasciano dubbio sulla piena consapevolezza della Corte di Cassazione circa i limiti ed i confini della Carta UE. Ciò in assoluta sintonia con quanto, fino al 2013, anche Elisabetta Lamarque sosteneva in merito all'atteggiamento morigerato del giudice comune rispetto alla Carta dei diritti ed alla CEDU[13].

[10] M.CARTABIA, "Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", in http://www.rivistaaic.it/convergenze-e-divergenze-nell-interpretazione-delle-clausole-finali-della-carta-dei-diritti-fondamentali-dell-unione-europea.html, 9.

[11] V., fra gli altri, F. SORRENTINO, "I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (Considerazioni preliminari)", in *Corr. giur.*, 2010, 2, 148 ; V. anche G. BRONZINI, "I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato. Il ruolo della Corte di Giustizia", Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma nei 1 –3 febbraio 2010 su "I diritti fondamentali nell'ordinamento", in www.csm.it, p. 10 del paper; id., ancor più di recente ed in modo ampio, "Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza", in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. Cosio e R. Foglia, Milano, 2013, 111 ss., ove pure si trova una completa indicazione della dottrina favorevole alla estensione del valore della Carta di Nizza; V. altresì, volendo, per un'impostazione diversa, R. CONTI, "Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)", in www.dirittocomparati.it; id., *"Dalla Fransson alla Siragusa. Prove tecniche di definizione dei "confini" fra diritto UE e diritti nazionali dopo Corte giust. 6 marzo, causa C-206/13, Cruciano Siragusa"*, in www.consultaonline.it.

[12] R. CONTI, "L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione da parte della Corte di Cassazione", cit., 193 ss.

[13] V. E. LAMARQUE, *Il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità. Ragionando intorno al libro di Victor Ferreires Comella Constitutional Courts and de-*

In epoca più recente altre applicazioni dirette della Carta UE sono state fatte dal giudice di legittimità, senza che ciò possa in ogni caso spostare il senso della riflessione, fondata su un dato, quello del fascino, non convincente perché non supportato da significative pronunzie in grado di giustificare un consolidamento nel senso del postulato 'traboccamento'. Riflessione, quest'ultima, che mette a dura prova l'idea che vi sia stato, per mano della Cassazione, uno *spill-over* della Carta UE.

Certo, si può sostenere che anche a prescindere da tale effetto, la Corte costituzionale abbia inteso in ogni caso garantire l'esigenza di certezza del diritto, vista come valore assoluto ed incomprimibile, attraverso la protezione offerta dal sindacato di costituzionalità e, con essa, impedire quell'effetto di aggiramento – una sorta di taglia fuori cestistico – rispetto al sindacato incidentale realizzato per il tramite della disapplicazione della Carta UE ad opera del giudice comune. Si tratta di una necessità assolutamente comprensibile, a patto che essa non vulneri in maniera significativa la protezione immediata garantita dagli strumenti propri del diritto UE. Pare, infatti, evidente che al pari dell'esigenza di contenere l'uso della Carta UE nei suoi propri ambiti non si può far finta che le regole proprie dell'ordinamento UE, integrato per quanto si vuole ma pur sempre autonomo, vengano eliminate o comunque surrogate da quelle proprie del controllo interno di costituzionalità.

3. L'attacco alla coppia "giudice comune-Corte di giustizia" ed il ruolo di Corte cost. n. 20/2019 dopo la sentenza n. 269/2017

Questo rapporto è sembrato attaccato *ab externo* dalla Corte costituzionale che è parsa volere imbastire una trama di regole capaci di inaridire la linfa che alimenta quel rapporto e costruire un nuovo ed inedito ordine, sia pure in nome del testo più sacro che esista nel nostro ordinamento, per l'appunto la Costituzione e con gli strumenti che ad essa Corte costituzionale appartengono[14].

mocratic values, Napoli, 2013,p. 272 ss.

[14] V. A. BARBERA, "La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia", in Rivista AIC, www.rivistaaic.it, 4/2017; M. CARTABIA, "La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana", in A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A Saitta e G. Silvestri (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, p. 201 ss.; ID., "Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", in Rivista AIC, in www.rivistaaic.it, 3/2017.

I primi commenti a caldo della sentenza n. 20/2019 sono sembrati in parte rassicurati dalla posizione assunta dalla Corte costituzionale[15].

Qui è il caso soltanto di offrire al lettore qualche ulteriore riflessione che si unisce idealmente a quanto già in passato espresso esaminando i riflessi di Corte cost. n. 269/2017[16].

Corte cost. n. 20/2019 è stata investita dal Tar Lazio di una questione di legittimità costituzionale relativa alla disciplina interna che imponeva la pubblicazione di dati sensibili dei dirigenti pubblici da parte di amministrazioni di appartenenza, ipotizzandosi il contrasto della stessa con il diritto alla riservatezza dei dati personali, dotato di *copertura* UE. Il remittente prospettava, conseguentemente, il possibile contrasto non solo con i parametri costituzionali (artt. 2, 3,13 e 117 Cost.), ma anche con gli artt. 7, 8 e 52 della Carta dei diritti Ue e con ulteriori disposizioni della direttiva 95/46/CE sul trattamento dei dati personali, nemmeno tralasciando il richiamo all'art. 8 CEDU.

La Corte ha preliminarmente ritenuto ammissibile la questione di legittimità costituzionale con riguardo ai parametri riferibili al diritto UE, poi tuttavia ritenendoli assorbiti in relazione all'esame degli altri dubbi di legittimità prospettati. Sicché la Corte è giunta a ritenere la parziale incostituzionalità, per violazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 14, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, nella parte in cui prevede che le pubbliche amministrazioni pubblicano i dati di cui all'art. 14, comma 1, lettera f), dello stesso decreto legislativo anche per tutti i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti, ivi inclusi quelli conferiti discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche di selezione, anziché solo per i titolari degli incarichi dirigenziali previsti dall'art. 19, commi 3 e 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Il giudice costituzionale ha così riscontrato una violazione del principio di ragionevolezza e di eguaglianza non mancando di richiamare, a sostegno della decisione, alcune pronunzie

[15] M. GALIMBERTI, "La quiete dopo la tempesta? I diritti fondamentali alla prova della doppia pregiudizialità nella recente giurisprudenza costituzionale", in *Dirittifondamentali.it;* G. Vitale, "I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale", in Federalismi.it, 22 maggio 2019.

[16] R. CONTI, "La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura", *in www.forumcostituzionale.,*it; ID., "Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017", in www.diritticomparati.it, 1/2018, 16 febbraio 2018; *"*An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*",* in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività,* (a cura di) O. Pollicino e V. Piccone, Napoli, 2018, p. 83.

della Corte Edu che avevano affrontato i rapporti fra tutela della vita privata, protezione dei dati personali e interesse pubblico alla conoscenza dei dati stessi.

4. Quattro riflessioni a caldo. L'importanza del dialogo post 269/2017

La prima considerazione è senz'altro quella che intende rivolgere un ringraziamento a quanti hanno immediatamente fatto da "sentinelle" alla sentenza n. 269/2017.

L'avere immediatamente acceso i riflettori sulle possibili ricadute che quell'*obiter* avrebbe potuto produrre sul sistema ha rappresentato per la Corte costituzionale un campanello di allarme da non sottovalutare e, al contempo, un'occasione di ulteriore maturazione e ponderazione delle proprie scelte[17], i cui frutti si colgono, per certi versi, già nella sentenza n. 20/2017, giustamente interpretata dai primi commentatori come risposta meno traumatica rispetto alle indicazioni abbozzate nella sentenza n. 269/2017[18].

Si tratta di una riflessione solo in apparenza banale ma che, al contrario, dimostra quanto il *principium cooperationis* applicato e praticato fra operatori e Corti sia in grado di offrire sempre frutti fecondi, smussando e temperando gli aspetti spigolosi che magari possono emergere da un approccio individualista della vicenda.

Il faro acceso nei convegni e nelle riflessioni scritte, provenienti dalla dottrina costituzionalistica[19] ed internazionalistica e dalla Cor-

[17] In questa direzione particolare plauso va rivolto al convegno organizzato dalla formazione decentrata della Scuola della magistratura svolta nei giorni 8/9 marzo 2018 presso la Corte di Cassazione sul tema "Giudici nazionali quali giudici naturali del diritto dell'Unione europea", al quale è seguita la pubblicazione, curata dagli organizzatori del convegno - O. POLLICINO e V. PICCONE - , *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, Napoli, cit., al cui interno sono reperibili importanti contributi sul tema.

[18] A. RUGGERI, "La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)", in *Consultaonline,* 23 febbraio 2019, p. 113.

[19] A. RUGGERI; "Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione *self-executing* (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)", in www.dirittocomparati.it; ID., "Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)", in www.dirittocomparati.it; id., "Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio: i punti (relativamente) fermi, le questioni aperte e due proposte per un ragionevole compromesso, Relazione all'incontro di studio su "Tra supremazia e controlimiti: una nuova fase nei

te di Cassazione[20], ma anche da chi siede alla Corte di Lussembur-

rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea?", Napoli 29 gennaio 2018, in Freedom, Security & Justice: European Legal Studies, (www.fsjeurostudies.eu)n.1-2018, 7.; id, "Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269 del 2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, 3831-18, Bolognesi c. Consob)", in Consulta OnLine; L. SALVATO, "Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017", in www.forumcostituzionale.it; F. FERRARI, Quando confliggono diritto interno e diritto Ue: una sentenza della Corte, in www.laCostituzione.info; G. PISTORIO, "Conferme e precisazioni nel «cammino comunitario» della Corte costituzionale. Commento a prima lettura della sentenza n. 269 del 2017", in www.diritticomparati.it; C. CARUSO, "La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017", in www.forumcostituzionale.it, A. GUAZZAROTTI, "Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017", in www.forumcostituzionale.it; G. SCACCIA, "L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi", in www.forumcostituzionale.it; D. TEGA, "La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei", in www.forumcostituzionale.it; F. S. MARINI, "I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017", in www.federalismi.it, 4/2018, 14 febbraio 2018.; L.S. ROSSI, "Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della corte costituzionale italiana", in www.federalismi.it; A. ANZON DEMMIG, "La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti",in www.forumcostituzionale.it, 28 febbraio 2018; C. SCHEPISI," La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?", in www.dirittounioneeuropea.eu; COZZI A.O., "Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali", in www.forumcostituzionale.it; A. ANZON DEMMIG, "La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti""; E. SCODITTI, "Giudice costituzionale e giudice comune di fronte alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dopo la sentenza costituzionale n. 269 del 2017", in *Foro it.,* Febbraio 2018; TEGA D., "Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione", in www.questionegiustizia.it.; R. DI MARCO, "The "Path Towards European Integration" of the Italian Constitutional Court: The Primacy of EU Law in the Light of the Judgment No. 269/17", in *https://europeanpapers.us13.list-manage.com/track/click?u=5d1c2b7dbb35c6a2c905bc1b6&id=c16af2d7a9&e=050 81762d2*; AA.VV., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, a cura di V. PICCONE E O. POLLICINO, cit.; G. REPETTO, "Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità", in *Giur. cost*., vol. 62, n.6, 2017, pp. 2955-2965; G. COMAZZETTO, "Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017", in *Federalismi.it*, n. 3/2018, pp. 1-40.

[20] V, anche per l'indicazione delle diverse pronunzie della Cassazione successive all'*obiter*, G. BRONZINI, *La* Corte costituzionale mette sotto tutela i Giudici ordinari nell'applicazione diretta dei diritti della Carta di Nizza. Le linee di tensione con l'orientamento della Corte di giustizia*, in Riv. Giur. Lav.,* n. 2/2018; A. COSENTINO," La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017"*,* in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2018. Da ultimo, v., anche Cass. n. 2964/2019, commentata da chi scrive in R. CONTI, "Il contenzioso sul risarci-

go[21], consente di affrontare il "futuro" in modo molto più sereno, nella consapevolezza che ogni mossa ed ogni passo successivi non potranno che essere esaminati e scrutinati con la lente attenta dei diversi "attori" coinvolti. È facile preconizzare che da questo dialogo, pur sviluppatosi forzosamente all'indomani di Corte cost. n. 269/2017, non potranno che giungere effetti benefici se si deciderà magari di implementare le forme di comunicazione e di confronto.

Del resto, in questa direzione, la recentissima firma da parte della Corte costituzionale di un protocollo d'intesa con la Corte Edu[22], affiancandosi ad analoghe forme di intesa stipulate in precedenza dalla Corte di Cassazione e, in prosieguo, dalle altre alte giurisdizioni potrebbe essere un "luogo" ideale per favorire il confronto.

5. Il "concorso di rimedi" come antidoto per slatentizzare la crisi fra giudice comune e la Corte costituzionale. Una proposta

La seconda riflessione guarda al volto dialogante ed aperto – al netto dell'irrisolto e persistente problema rappresentato dall'applicazione diretta della Carta ad opera del giudice comune – che Corte cost. n. 20/2019 ha inteso mostrare all'esterno quando, nel sottolineare che l'intervento in materia dipendeva esclusivamente dalla scelta del rimettente, ha inteso chiarire che "Resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria." Questa affermazione precede l'altra di non minore spessore, secondo cui "In generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso

mento dello Stato alle vittime di reato: Cass. n. 2964/2019 alla ricerca dell'eguaglianza europea", in *Diritticomparati,* 1/2019, 19.2.2019.

[21] L. S. ROSSI, "La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea", in www.federalismi.it, 3/2018, 31 gennaio 2018; id., "Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della corte costituzionale italiana", in www.federalismi.it, 5. Sono proprio l'attenzione immediatamente riservata dalla Rossi, che è giudice alla Corte di giustizia, al tema qui riesaminato ed i contributi di pensiero dalla stessa offerti a rappresentare la migliore dimostrazione circa la proficuità di un dialogo, anche a distanza, fra i diversi plessi decisionali su temi che toccano il cuore dei sistemi di protezione dei diritti delle persone.

[22] R. CONTI, "Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili", in *Questionegiustiziaonline*, 30 gennaio 2019.

di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione".

Sul primo punto l'*obiter* della sentenza n. 269 aveva suscitato numerose riflessioni e, in prima battuta, la decisione della Corte di cassazione di rivolgersi al giudice costituzionale proponendo, fra gli altri, vizi di costituzionalità fondati sulla violazione dell'art. 117, 1^ comma, Cost., integrato dal parametro Carta UE. Non a caso, in dottrina, si era parlato di inversione della doppia pregiudiziale in favore della Corte costituzionale[23].

E in effetti, l'ordinanza n. 3831/2018, dato atto che nella specie ricorreva una ipotesi di c.d. "doppia pregiudizialità", giacché gli articoli 187 *quinquiesdecies* e 187 *sexies* T.U.F. risultavano potenzialmente contrastanti sia con la Costituzione che con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ritenne di "adeguarsi" alle indicazioni offerte dalla sentenza n. 269/2017, privilegiando in prima battuta l'incidente di costituzionalità[24]. Non è il caso di tornare a quella decisione interlocutoria che, per certo, darà in ogni caso alla Corte costituzionale la possibilità, in un prossimo futuro, di affrontare in profondità le questioni che ruotano attorno all'*obiter*.

Serve semmai sottolineare che proprio il dibattito immediato suscitato dall'*obiter* ha imposto alla Corte un chiarimento di base in punto di persistente possibilità da parte del giudice comune di avvalersi del rinvio pregiudiziale alla Corte UE.

Quel che colpisce non poco è, dunque, la sottolineatura circa il fatto che, secondo Corte cost. n. 20/2019, le due strade astrattamente percorribili da parte del giudice comune integrano, secondo la Corte costituzionale, un "concorso di rimedi giurisdizionali" capace di arricchire "gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali".

L'avere così escluso ogni preclusione all'accesso alla Corte di giustizia conferma viepiù l'ammissibilità ed utilità, che avevamo prospetta-

[23] Cfr. G. SCACCIA, "L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi", in Quaderni costituzionali, 25 gennaio 2018, p. 1.

[24] V. sul punto, testualmente, Cass. n. 3831/2018: "Nella prospettiva delineata dalla sentenza Corte Cost. n. 269/2017 il Collegio ritiene quindi di risolvere la segnalata doppia pregiudizialità privilegiando, in prima battuta, l'incidente di costituzionalità e di sottoporre al vaglio della Corte costituzionale anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *quinquiesdecis* T.U.F. – nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate – con riferimento agli artt. 11 e 117 Cost., in relazione all'art. 47 CDFUE".

to commentando la sentenza n. 269 e che qui intendiamo ribadire[25], di sollevare contemporaneamente rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – in funzione esplorativa sul contenuto della Carta UE – e questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto anche o esclusivamente il medesimo parametro[26].

Si tratta di rimedi che, proprio nella prospettiva ora fatta propria dalla Corte costituzionale, si potrebbero perfettamente tra loro integrare, creando effetti benefici[27] e per l'appunto favorendo una congrua soluzio-

[25] Sul tema, v., di recente. I. MASSA PINTO, "Il giudizio di costituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio", in *GruppodiPisa*, 25 ottobre 2019;E. MALFATTI, "La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni", in *GruppodiPisa*, 16 ottobre 2019.

[26] R. CONTI, "An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018", cit., p. 117, sub nota 55, ove pure si richiama Corte cost. n. 85/2002, confutandone la rilevanza attuale rispetto al tema qui in discussione.

[27] Il giudice remittente, in altri termini, adotterebbe un provvedimento anfibio, rivolto a sospendere la decisione del giudizio per una doppia ragione che rende contemporaneamente esperibili i due rimedi. Per un verso, il giudice comune, muovendosi sulla rime previste dall'art. 23 c. 2 l. n. 87/1953 – a cui tenore "L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso" – rivolgerebbe i suoi dubbi alla Corte costituzionale rispetto al parametro Carta Ue – nell'accezione peraltro lata che sembra emergere dalla lettura di Corte cost. n. 20/2018 – cfr., sul punto A. RUGGERI, La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019), cit., e G. BRONZINI, "La sentenza n. 20 del 2019 della corte costituzionale italiana. verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?", in *Questionegiustiziaonline*, 4 marzo 2019 – . Per altro verso e contemporaneamente, il giudice comune potrebbe rivolgere un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ove ravvisasse dubbi interpretativi in ordine alla portata del parametro, sospendendo a suo volta il giudizio in relazione all'art. 3 comma 1, l. n. 204/1958, secondo il quale il giudice pronuncia "ordinanza con la quale, riferiti i termini e i motivi dell'istanza, con cui fu sollevata la questione" dispone la immediata trasmissione degli atti alla Corte di giustizia e sospende il giudizio in corso". Il giudice remittente, ove la Corte costituzionale dovesse pronunziarsi riconoscendo l'illegittimità costituzionale, potrebbe ritirare la questione pregiudiziale ritenendola irrilevante in relazione all'esito del giudizio costituzionale, permanendo, per converso, l'interesse alla decisione in caso di esito sfavorevole- in punto di incostituzionalità, si intende-. Ciò consentirebbe un effetto benefico in piena linea con le esigenze di ragionevole durata del processo. Se, per converso, dovesse intervenire una risposta della Corte di giustizia in epoca antecedente al giudizio di costituzionalità, il giudice comune dovrebbe comunque attendere l'esito del giudizio costituzionale, rimanendo sospeso il giudizio fino a quella data. Salvo poi a dovere affrontare il nodo degli effetti della pronunzia pregiudiziale e degli effetti vincolanti dalla stessa derivanti sul giudice comune.

ne di compromesso fra le esigenze esposte dalla Corte costituzionale e quelle di sistema poste dalla Cassazione.

E ciò sembra potere valere a prescindere dal contenuto del rinvio pregiudiziale che il giudice comune intenda sollevare, sia esso volto a verificare la compatibilità della disposizione interna con la Carta UE – se cioè la seconda osti o meno alla prima – ovvero a sondare sulla portata contenutistica di un diritto protetto dalla Carta stessa. La particolare autonomia della quale gode la Corte costituzionale nel selezionare le questioni di legittimità costituzionale alla stessa rivolte e la tecnica dell'assorbimento dei motivi di censura rispetto ai diversi parametri utilizzati conferma in pieno l'utilità di una proposizione, in unico atto, della pregiudizialità e della questione di costituzionalità.

Tale costruzione[28] – ove in concreto ritenuta utile dal giudice comune – appare pienamente legittima dal punto di vista della Corte di giustizia, ove si afferma espressamente che la richiesta di rinvio pregiudiziale può avanzarsi "in qualsiasi fase del procedimento che reputi appropriata"– cfr. p. 22 sent. *Global Starnet* –[29].

Per un verso, infatti, la Corte di giustizia – Corte giust., 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet Ltd*[30] – ha di recente ritenuto che "l'articolo 267, paragrafo 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione".

Nella prospettiva della Corte UE, "un giudice nazionale investito di

[28] Sullo stesso tema, esaminato in un contesto diverso e anteriore alla sentenza n. 269/2017, v., diffusamente, R. ROMBOLI, "Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo"*, Rivista AIC*, n° 3/2014, 12 settembre 2014, 6. V. altresì, F. SORRENTINO, "È veramente inammissibile il "doppio rinvio"?", in *Giur. Cost*., 2002,782. Cfr., ancora, sul tema della doppia pregiudizialità, A. RUGGERI, "(A proposito dell'ordine giusto col quale vanno esaminate le questioni di costituzionalità e le questioni di "comunitarietà" con-giuntamente proposte in via d'azione (a prima lettura di Corte cost. n. 245 del 2013)", in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, 2014, XVII, p. 363 ss.

[29] V., in termini, D. DITTERT, "Art. 267 TFUE", Commento, in *Codice dell'Unione europea*, diretto da C. CURTI GIALDINO, Napoli, 2012, p. 1944.

[30] A. RUGGERI*, "*Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)", in www.diritticomparati.it, 1/2018, 9 gennaio 2018.

una controversia concernente il diritto dell'Unione, il quale ritenga che una norma nazionale sia non soltanto contraria a tale diritto, ma anche inficiata da vizi di costituzionalità, non è privato della facoltà o dispensato dall'obbligo, previsti dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto dell'Unione per il fatto che la constatazione dell'incostituzionalità di una norma di diritto nazionale è subordinata ad un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale. Infatti, l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa se l'esistenza di un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale potesse impedire al giudice nazionale, investito di una controversia disciplinata dal suddetto diritto, di esercitare la facoltà, attribuitagli dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte le questioni vertenti sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, al fine di permettergli di stabilire se una norma nazionale sia compatibile o no con quest'ultimo" – cfr. par. 21 sent. *Global Starnet*, cit.–.

Ciò che giustifica pienamente la richiesta di rinvio pregiudiziale nel momento in cui il giudice comune si rivolge contestualmente alla Corte costituzionale per sollecitare un intervento caducatorio della disciplina interna per contrasto con il parametro della Carta UE – sovrapponibile a quello costituzionale o prospettato insieme ad altra censura che involge direttamente il parametro costituzionale corrispondente a quello protetto dalla Carta UE –[31].

Opinare diversamente determinerebbe, infatti, un contrasto insanabile con quanto affermato dalla Corte di giustizia, secondo la quale "l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte…" – cfr. p. 23 sent. *Global Starned*, cit.–.

Tale soluzione, d'altra parte, risulta pienamente compatibile con l'impianto costituzionale come riletto dalla Corte costituzionale, non solo per le ragioni già esposte a commento della sentenza n. 269, alle quali qui è sufficiente rinviare, ma anche alla luce delle precisazioni contenute da Corte cost. n. 20/2019 nei passi sopra riportati, sicuramente orientati ad aprire le porte del giudice comune al rinvio pregiudiziale in qualsiasi momento, cogliendo l'opportunità che da questo concorso di rimedi po-

[31] A. RUGGERI, "La Consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici?", in *Gruppodipisa.it*, p. 13, nota 39.

trebbe comunque derivare[32]. La circostanza che la Corte costituzionale possa a sua volta decidere senza che la Corte di giustizia si sia pronunziata, ovvero all'esito della decisione, magari valutando l'opportunità di chiedere un ulteriore chiarimento alla Corte di Lussemburgo non potrebbe che rendere virtuosi i meccanismi di dialogo fra le Corti, finalizzandoli al raggiungimento del massimo di tutela realizzabile, ancora una volta nel recinto di un principio di leale cooperazione che dovrebbe informare tutti i soggetti coinvolti.

Ecco dunque, quel ragionevole temperamento delle posizioni espresse con l'*obiter* che Antonio Ruggeri ha opportunamente suggerito per contemperare le esigenze di effettività e diffusività sottese alla piena espansione dei diritti fondamentali[33]. Esigenze che, nel concentrico utilizzo degli strumenti riconosciuti al giudice comune ed al giudice costituzionale, potrebbero al contempo legittimare e addirittura pretendere una tutela relativa al singolo caso, affiancata a quella "di sistema", che sempre dal caso prende le mosse per determinare l'eliminazione dal mondo giuridico della disposizione violativa di un canone fondamentale lesivo della persona.

Del resto, sarebbero poi gli *attori* dei due rimedi a dovere recipro-

[32] È fin troppo agevole rilevare l'utilità della decisione della Corte di giustizia in pendenza del giudizio di costituzionalità per le sorti stesse del detto procedimento, fermo restando che l'intervento caducatorio della Corte costituzionale farebbe venire meno l'interesse alla decisione del rinvio pregiudiziale – Corte giust. 16 luglio 1992, C-343/90, *Dias*, p. 18 –. Rimane da comprendere gli effetti che si potrebbero verificare nel caso in cui la Corte costituzionale si pronunci per prima nel senso del rigetto e la Corte UE precedentemente investita lasci intendere la violazione della Carta UE, ponendosi la questione, sottolineata da A. RUGGERI – da ultimo in "La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)", cit., p. 119 –dell'immediata efficacia di quella decisione ovvero di un nuovo incidente di costituzionalità rivolto alla Corte costituzionale che si è però già pronunziata negativamente. Generalmente ci si troverà di fronte a diritti comprimibili, talaltra a diritti *assoluti,* rispetto ai quali si sfruttano tecniche interpretative dietro alle quali si celano, ancora una volta, operazioni di bilanciamento: cfr. A. TANCREDI, "La tutela dei diritti fondamentali «assoluti» in Europa: «It's all balacing»", in *Ragion pratica*, 2007, 383 ss.; id., L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria, cit., 692. Sul tema del bilanciamento v. R. GUASTINI, "Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto", Torino, 1996, p. 142 ss.; A. CERRI, "Il «principio» come fattore di orientamento interpretativo e come valore «privilegiato»:spunti ed ipotesi per una distinzione", in *Giur.cost*., 1987, p. 1860 ss.; D. U. GALETTA, "Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo", Milano, 1998, p. 11 ss.; A. MORRONE, "Bilanciamento (giustizia costituzionale)", in *Enc. dir.*, Ann., II, t. 2 (2008), p. 198 ss**.**

[33] A. RUGGERI, "Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della costituzione o della Corte costituzionale?" In http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2019/02/Ruggeri-Dopo-Taricco-pdf.pdf, p. 4.

camente modulare il loro intervento, riducendosi in questo modo le possibilità di frizioni e scontri solché si decida di svolgere con vicendevole con onestà intellettuale il proprio ruolo[34].

6. La tecnica di bilanciamento come strumento centrale per l'applicazione dei diritti fondamentali

Il terzo profilo di riflessione attiene al rilievo progressivo che vanno assumendo le tecniche del bilanciamento dei diritti fondamentali. Tema sul quale già in passato abbiamo provato a riflettere[35]. Il sempre crescente ruolo giocato dai diritti fondamentali nel sistema ed i possibili conflitti che possono emergere fra tali diritti ha prepotentemente riportato l'attenzione sulla regola per risolvere tali conflitti, appunto rappresentata dal bilanciamento[36] fra diritti fondamentali sanciti da strumenti normativi – talvolta inseriti in sistemi giuridici distinti (ma pur sempre collegati) [37] –che richiama sempre, come metro fondamentale, i canoni dell'interpretazione adeguatrice del diritto[38] e della ragionevolezza[39].

[34] V. i rilievi, a giudizio di chi scrive superabili, rispetto a quanto prospettato nel testo da A. ROVAGNATI, "Nuove scelte giurisprudenziali in tema di doppia pregiudizialità(comunitaria e costituzionale)?", in Quaderni costituzionali, 2009, p. 717.

[35] R. CONTI*, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, 248 ss.

[36] R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 381 ss.

[37] Generalmente ci si troverà di fronte a diritti comprimibili, talaltra a diritti *assoluti,* rispetto ai quali si sfruttano tecniche interpretative dietro alle quali si celano, ancora una volta, operazioni di bilanciamento: cfr. A. TANCREDI, "La tutela dei diritti fondamentali «assoluti» in Europa: «It's all balacing»", cit; ID., "L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria", cit., p. 692. Sul tema del bilanciamento v. R. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, P. 142 ss.; A. CERRI, "Il «principio» come fattore di orientamento interpretativo e come valore «privilegiato»:spunti ed ipotesi per una distinzione"*,* in *Giur. cost*., 1987,1860 ss.; D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo,* Milano, 1998, p. 11 ss.; A. MORRONE*, "*Bilanciamento (giustizia costituzionale)", cit., p. 198 ss**.**

[38] In termini critici, sul punto, v. R. GUASTINI, "Principi di diritto e discrezionalità giudiziale", in *Interpretazione e diritto giudiziale. Regole, modelli, metodi* (a cura di Bessone), Torino, 1999, p. 321 ss.

[39] Cfr., Cass. n. 19069/2006 che, nell'esaminare la vicenda collegata all'azione proposta da un genitore per l'indebita pubblicazione della fotografia del figlio minore, edita senza il consenso, ha riconosciuto alla Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dalla L. 27 maggio 1991, n. 176 ed ai diritti in essa sanciti dagli artt. 3 e 16 un valore preminente, aggiungendo che il diritto alla riservatezza del minore deve essere *"[…] nel bilanciamento degli opposti valori costituzionali (diritto di cronaca e diritto alla privacy) considerato assolutamente preminente, secondo le indicazioni derivanti dalle norme ora richiamate [la Convenzione surricordata n.d.r.],*

Il punto è sempre stato quello di individuare il o i soggetti istituzionali ai quali spetta l'opera di bilanciamento *interordinamentale* fra i valori tutti reperibili nelle Carte dei diritti – che la stessa Costituzione riconosce come portatori di valori essi stessi costituzionali – per dirla con Antonio Ruggeri[40], dovendosi ritenere che se tale bilanciamento spetta in prima battuta al legislatore, ad esso si affianca, ineludibilmente, il ruolo del giudice, costituzionale[41] e non[42], al quale spetta il compito – duplice – di verificare che l'opera legislativa di bilanciamento sia conforme ai valori fondamentali anzidetti[43], ma anche di "interpretare" il diritto scritto e valutarne la conformità con i parametri della Costituzione della CEDU e della Carta dei diritti UE[44].

laddove si riscontri che non vi sia l'utilità sociale della notizia (quindi con l'unico limite del pubblico interesse)".

[40] A. RUGGERI, "Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento, al servizio dei diritti fondamentali)", in "*Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti XVI. Studi dell'anno 2012*, Torino, 2013, 352.

[41] A. MORRONE, "Bilanciamento (giustizia costituzionale)", cit.

[42] A. RUGGERI, "Il diritto "vecchio" e i modi del suo possibile svecchiamento, al servizio dei diritti fondamentali", in *Itinerari*, cit., 57, individua nei giudici comuni giudici "i soggetti più adatti alla messa in atto di quelle operazioni di bilanciamento in concreto che, in modi continuamente cangianti, sono sollecitate dai casi."; ID., *Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, ibidem, p. 127: "Dal canto loro, i giudici comuni in modo sempre più marcato e vistoso partecipano ad operazioni di bilanciamento (anche interordinamentale!) secondo valore, operazioni *in nuce* di "giustizia costituzionale", pur se con la consueta limitazione legata al carattere circoscritto degli effetti della loro azione."

[43] Un ottimo esempio di quanto si è detto nel testo è dato dalla recente Cass. 3 ottobre 2008 n. 19, ove si è affermato, a proposito della norma che aggancia l'indennizzo espropriativi alla denunzia I.C.I., che *"[…] La norma di aggancio limitativo dell'indennizzo espropriativo di area fabbricabile al valore alla stessa attribuito nell'ultima dichiarazione ai fini di applicazione dell'I.C.I. …va letta, infatti, alla luce del necessario equo bilanciamento tra gli opposti valori costituzionali, che in essa vengono in gioco, rappresentati, per un verso, dal dovere dì concorrere alla spesa pubblica (sub art. 53 Cost.) e, per altro verso, del diritto del proprietario al giusto indennizzo dell'immobile espropriatogli (di cui all'art. 42 Cost.)*." Ed in quest'attività cui il giudice è tenuto la Cassazione ha espressamente escluso che l'obiettivo perseguito dalla normativa anzidetta – incentivare fedeli dichiarazioni per l'imposta in questione e realizzare una tendenziale armonizzazione dei valori delle aree fabbricabili ai fini tributari ed a quelli espropriativi – non poteva attuarsi "*in forma sbilanciata, con penalizzazione del diritto indennitario in caso di omessa o non fedele dichiarazione I.C.I.."*

[44] Cfr.V. ZAGREBELSKY, "La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *www.europeanrights.eu*: "…E in ogni caso mi pare si debba considerare che in un sistema di diritti dell'uomo come quello europeo, sofisticato e ricco di diritti riconosciuti, il conflitto giurisprudenziale può facilmente sorgere quando più diritti si pongano in contrasto o concorrenza, senza che l'uno possa esse-

La sentenza n. 20/2019, nell'esaminare le censure proposte con riguardo al parametro costituzionale si inscrive pienamente in questo contesto, ma la novità è che le tecniche di bilanciamento sono diventate ormai patrimonio della giurisdizione comune, come hanno di recente confermato le Sezioni unite della Corte di Cassazione.

In particolare, Cass., S.U. 21 dicembre 2018 n. 33208, nel fare ricorso alla tecnica del bilanciamento fra i diritti fondamentali per fornire una soluzione giuridica ad una apparente lacuna del sistema – sulla scia di Cass., S.U. n. 24822/2015 – ha ricordato che "[…] con la tecnica del bilanciamento la Corte costituzionale (ma lo stesso procedimento logico è adottato dalla Corte EDU) costruisce una norma traendola dalla disposizione di legge", aggiungendo che "Il giudice ordinario per compiere una interpretazione costituzionalmente orientata deve procedere allo stesso modo: esaminare una singola disposizione; individuare i beni in conflitto; compiere un giudizio di bilanciamento secondo i passaggi logici sopra indicati; infine, estrarre la norma dalla disposizione".

In questo modo le Sezioni Unite hanno confermato la bontà di quanto già in passato sottolineato dalla stessa Corte nel ritenere che "[…] nelle controversie in cui configura una contrapposizione tra due diritti, aventi ciascuno di essi copertura costituzionale, e cioè tra valori ugualmente protetti" il giudice è tenuto ad applicare "[…] il c.d. criterio di "gerarchia mobile", dovendo il giudice procedere di volta in volta ed in considerazione dello specifico "*thema decidendum*" alla individuazione dell'interesse da privilegiare a seguito di una equilibrata comparazione tra diritti in gioco, volta ad evitare che la piena tutela di un interesse finisca per tradursi in una limitazione di quello contrapposto, capace di vanificarne o ridurne il valore contenutistico"[45].

Ora, la sentenza n. 20/2019 si incunea in questo ambito[46], ancorché il giudice remittente avesse dimostrato di non volere in alcun modo svolgere il ruolo che allo stesso competeva quale giudice comune del diritto UE sulla questione della proporzionalità delle misure interne rispetto ai diritti in gioco.

re completamente sacrificato all'altro e con la necessità quindi di procedere a valutazioni di bilanciamento e proporzione."

[45] Cfr. Cass. 5 agosto 2010 n. 18279. La Cassazione ha in tale contesto ricordato che il giudice di merito deve "[...] effettuare in caso di contrapposizione di diritti una comparazione tra gli stessi al fine di trovare un giusto equilibrio tra le posizioni delle parti in lite".

[46] O. POLLICINO, "Metaphors and identity based narrative i constitutional adjiudication: when judicial dominance matters", in https://verfassungsblog.de/not-to-be-pushed-aside-the-italian-constitutional-court-and-the-european-court-of-justice/?fbclid=IwAR0-32UymOIxF7PvUEcc6arxMJPO3kR0kNLxa5fpcoNojiM0pzyoert-Fdk.

Il Tar Lazio, infatti, pur ben consapevole dell'incidenza sulla materia del diritto UE e della stessa disciplina in tema di protezione dei dati personali, come anche dell'esistenza di pronunzie della Corte di giustizia astrattamente idonee a fornire un ausilio importante rispetto alla pronunzia che era stata allo stesso sollecitata, ha deciso di rimettere la palla al giudice costituzionale nel convincimento di non potere arrivare ad una pronunzia di disapplicazione della normativa interna contrastante con il diritto UE, non rinvenendosi nella disciplina eurounitaria elementi tali da suggerirne l'immediata efficacia a ciò ostando la presenza di principi – di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza in tema di trattamenti di dati personali – che non potrebbero essere maneggiati dal giudice comune nazionale[47].

[47] Vale la pena di riportare testualmente il passo del giudice remittente: "Né pare che la norma contestata dai ricorrenti sia suscettibile di essere disapplicata per contrasto con normative comunitarie, posto che, alla luce di tutti gli elementi emergenti dal fascicolo di causa, non è individuabile una disciplina *self-executing* di tale matrice direttamente applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio. Sul punto, infatti, occorre concordare con la difesa erariale quando segnala che i principi di proporzionalità, pertinenza, e non eccedenza di fonte comunitaria invocati dalla parte ricorrente non sono che criteri in base ai quali effettuare una ponderazione della conformità dell'art. 14, comma 1-*bis*, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, nella parte in cui prevede che le pubbliche amministrazioni pubblichino i dati di cui all'art. 14 comma 1, lett. c) ed f), dello stesso decreto legislativo anche per i titolari di incarichi dirigenziali, operazione che sconta i differenti caratteri e la diversa portata dell'interesse pubblico generale che si intende tutelare attraverso il regime di trasparenza, e che può avere una configurazione diversa, a seconda del sistema nazionale considerato. La sorte del ricorso non può, pertanto, che essere affidata alla disamina delle questioni pregiudiziali sollevate dai ricorrenti da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea o della Corte Costituzionale. *18.* Nell'ambito dei predetti rimedi, il Collegio propende per la remissione alla Corte Costituzionale dello scrutinio inerente la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità relativa all'art. 14, comma 1-*bis*, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, nella parte in cui prevede che le pubbliche amministrazioni pubblichino i dati di cui all'art. 14 comma 1, lett. c) ed f), dello stesso decreto legislativo anche per i titolari di incarichi dirigenziali. Ciò in quanto, come visto, nell'ambito di siffatto scrutinio, inerente il rispetto da parte della misura dei principi di proporzionalità, pertinenza, e non eccedenza di matrice comunitaria, indispensabile ai fini della tutela di diritti fondamentali della persona, un ruolo centrale è assunto dalla questione inerente se uno specifico ordinamento nazionale preservi il necessario equilibrio nel rapporto tra protezione dei dati personali e esigenze di trasparenza, calibrando anche in ragione dei primi l'intensità dell'interesse pubblico da assicurare mediante la divulgazione di dati personali. E un tale giudizio appare proprio di una Corte nazionale. Del resto, la conclusione è rafforzata dalla già citata sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 20 maggio 2003, che, nella analoga fattispecie sottoposta al suo giudizio, ha rimesso tale valutazione al giudice *a quo*. *19.* In punto di rilevanza della proponenda questione di legittimità costituzionale, il Collegio ribadisce che gli atti impugnati con l'odierno ricorso costituiscono diretta applicazione della norma sospetta di contrasto con la Costituzione. Pertanto, discendendo la paventata violazione della sfera soggettiva dei ricorrenti direttamente dalla norma stessa, solo dalla dichiarazione della

Ed è su questa consapevolezza che il giudice costituzionale insiste molto, da un lato sottolineando di intervenire solo perché il giudice remittente aveva ritenuto di investirlo preferendo la Corte costituzionale rispetto alla Corte di Giustizia e dall'altro condividendo le ragioni di fondo di tale scelta.

Ora, rispetto all'opzione operata dal Tar laziale, peraltro antecedente all'emissione della sentenza n. 269/2017, chi scrive condivide le perplessità già elegantemente espresse da chi ha commentato Corte cost. n. 20/2019[48].

Certo, la soluzione espressa dal remittente è apparentemente in linea con quanto in passato riconosciuto dalla Corte costituzionale in tema di norme UE non dotate di efficacia diretta – v. Corte cost. n. 207/2013, 75/2012, 28 e 227 del 2010, n. 284/2007[49], n. 170/1984, n. 317/1996 e n. 267/1999[50]–.

Ma il ragionamento espresso dal remittente risulta opaco laddove motiva le ragioni che, a suo dire dovrebbero deporre per l'inesistenza di una normativa non dotata di efficacia *self executing*, riconducendola alla circostanza che la Corte di giustizia avrebbe nel precedente ricordato, demandato ad un giudice nazionale il compito di verificare l'esistenza di proporzionalità fra i diritti contrapposti – esigenza priva di protezione dei dati personali ed esigenza pubblica di trasparenza –.

Non è dato, infatti comprendere le ragioni impeditive a che tale attività fosse svolta proprio dal giudice remittente in quanto giudice comune del diritto UE. L'avere delegato il compito alla Corte costituzionale sembra quindi essersi risolto in un'ammissione di *non liquet* su questione che involgeva *pleno iure* i poteri del giudice adito[51].

sua illegittimità costituzionale potrebbe derivare il richiesto accoglimento del ricorso per illegittimità derivata degli atti impugnati".

[48] A. RUGGERI, "La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)", cit., p. 114, e O. POLLICINO, F. RESTA, "Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corre costituzionale"*, in Agenda Digitale*, 24.2.2019.

[49] V., sulla sentenza indicata nel testo, i già ricordati commenti di A RUGGERI, O. POLLICINO, F. RESTA E G. BRONZINI.

[50] V. R. MASTROIANNI, "Le norme comunitarie non direttamente efficaci costituiscono parametro di costituzionalità delle leggi?" in *Giur. Cost.,* 2006, p. 3520. In precedenza, v. pure R. MASTROIANNI, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo,* Torino, 2004, p. 4 ss. e, successivamente, A. PACE, "La sentenza Granital, ventitré anni dopo"*,* in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

[51] V., infatti, Corte cost.n.111/2017, ove si chiarisce che "Il giudice rimettente, ritenendo che la normativa censurata contrasti con l'art. 157 del TFUE, anche alla luce della citata giurisprudenza della Corte di giustizia che ha riconosciuto a tale norma efficacia diretta, avrebbe dovuto non applicare le disposizioni in conflitto con il principio di parità

La questione è di certo delicata, invitando ancora a riflettere sulla formula "giudice comunitario di diritto comune", spesso utilizzata dagli Avvocati generali della Corte di giustizia[52] per descrivere il ruolo del giudice nazionale. Formula che, secondo un certo indirizzo, non va intesa letteralmente, ma piuttosto in maniera simbolica, posto che quando il giudice nazionale si occupa del diritto comunitario, lo fa come organo di uno Stato membro[53] e non come organo comunitario in seguito a un'operazione di sdoppiamento funzionale[54].

Sembra però di potere osservare che, indipendentemente dalla questione teorica, il test di proporzionalità che la legislazione UE impone in materia di trattamento di dati personali non avrebbe consentito al giudice comune di sottrarsi al potere-dovere di applicare la normativa UE, eventualmente sperimentando il rinvio pregiudiziale innanzi al giudice di Lussemburgo che si era peraltro già espresso sulla natura *self executing* della disciplina UE nella quale, per stessa ammissione del remittente, era pienamente coinvolta la Carta dei diritti fondamentali. La giustificazione della scelta in favore della Corte costituzionale che il Tar laziale propone non risulta dunque appagante ed anzi risulta paradossale allorché, per giustificare l'intervento della Corte costituzionale, il remittente richiama la circostanza che la Corte di giustizia avesse demandato al giudice nazionale l'attività di bilanciamento in tema di dati personali, senza avvedersi che tale argomento avrebbe ben potuto giustificare l'intervento di-

di trattamento, previo ricorso, se del caso, al rinvio pregiudiziale, ove ritenuto necessario, al fine di interrogare la medesima Corte di giustizia sulla corretta interpretazione delle pertinenti disposizioni del diritto dell'Unione e, quindi, dirimere eventuali residui dubbi in ordine all'esistenza del conflitto (sentenze n. 226 del 2014, n. 267 del 2013, n. 86 e n. 75 del 2012, n. 227 e n. 28 del 2010, n. 284 del 2007; ordinanze n. 48 del 2017 e n. 207 del 2013). Questo percorso, una volta imboccato, avrebbe reso superflua l'evocazione del contrasto con i parametri costituzionali in sede di incidente di legittimità costituzionale. L'art. 157 del TFUE, direttamente applicabile dal giudice nazionale, lo vincola all'osservanza del diritto europeo, rendendo inapplicabile nel giudizio principale la normativa censurata e, perciò, irrilevanti tutte le questioni sollevate. La non applicazione delle disposizioni di diritto interno, non equiparabile in alcun modo a ipotesi di abrogazione o di deroga, né a forme di caducazione o di annullamento per invalidità delle stesse (sentenza n. 389 del 1989), rientra, in effetti, tra gli obblighi del giudice nazionale, vincolato all'osservanza del diritto dell'Unione europea e alla garanzia dei diritti che lo stesso ha generato, con il solo limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona»

[52] Concl. Avv. gen. Saggio presentate il 16 dicembre 1999, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA e Salvat Editores SA*.

[53] Corte giust. 1° dicembre 1965, n. C-16/65, *Schwarze*; Corte giust. 9 marzo 1978, n. C-106/77, *Simmenthal,* Racc., 629, p. 16.

[54] Concl. Avv. gen. Leger 8 aprile 2003 a Corte giust. n. C-224/01, *Köbler*.

retto dello stesso giudice comune o, quanto meno, rendere opportuno il rinvio pregiudiziale[55].

Certo, afferma Corte cost. n. 20/2019, la sovrapponibilità delle fonti quanto alla tutela dei diritti contrapposti e la sicura loro riconducibilità "anche" a diritti di matrice costituzionale legittima la scelta del remittente di rivolgersi alla Consulta e la decisione che essa ha adottato sul piano interno. Ma non finisce di persuadere con riguardo all'aspetto sovranazionale della vicenda che, certo, resta assorbito dall'accoglimento parziale della questione di legittimità costituzionale e sostanzialmente depotenziato nel giudizio di merito.

7. I lati ancora oscuri di Corte cost. n. 20/2019

Eccoci all'ultima riflessione.

Si ha l'impressione che, al di là delle finalità più o meno espresse attraverso l'*obiter* contenuto nella sentenza n. 269, l'atteggiamento intraprendente della Corte costituzionale sul tema del ruolo dei diritti fondamentali di matrice UE abbia in definitiva innescato un meccanismo che

[55] Si veda, a riprova del ruolo svolto dal giudice nazionale in tema di bilanciamento, a mero titolo esemplificativo, Corte giust. (Grande Sezione) 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae)*, ove si è ricordato che il diritto fondamentale di proprietà, di cui fanno parte i diritti di proprietà intellettuale, come il diritto d'autore e il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva costituiscono principi generali del diritto comunitario. Ma rispetto alla controversia esaminata, assumeva pari rilevanza un altro diritto, parimenti fondamentale, che garantisce la tutela dei dati personali e, quindi, della vita privata. In questa prospettiva, chiarisce la Corte, la domanda pregiudiziale solleva "la questione della necessaria conciliazione degli obblighi connessi alla tutela di diversi interessi fondamentali: da una parte, il diritto al rispetto della vita privata e, dall'altra, i diritti alla tutela della proprietà e ad un ricorso effettivo." E se i meccanismi che consentono di trovare un giusto equilibrio tra questi diversi diritti e interessi sono già stati presi in qualche considerazione dalle direttive di settore, lasciando agli Stati membri il necessario margine di discrezionalità per definire misure di recepimento che possano essere adattate alle diverse situazioni possibili , la Corte ha chiarito che "gli Stati membri sono tenuti, in occasione della trasposizione delle suddette direttive, a fondarsi su un'interpretazione di queste ultime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario" pure aggiungendo che "in sede di attuazione delle misure di trasposizione delle dette direttive, le autorità e *i giudici degli Stati membri* (corsivo aggiunto, n.d.r.) devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i detti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come il principio di proporzionalità."

tenderebbe a rendere il sindacato di costituzionalità più *amabile* e più *accessibile* al giudice comune[56].

Si ha in altri termini l'impressione che la Corte costituzionale, ben consapevole della posta in gioco e forse memore del successo fin qui avuto dalla Corte di giustizia, voglia apparire proattiva ed aperta nei confronti del giudice comune, mostrando il volto di un "giudice" capace di ascoltare e valorizzare il suo interlocutore.

Gli effetti benefici di un simile atteggiamento sul possibile arricchimento delle tutele dei diritti fondamentali potrebbero, in verità, non essere secondari.

Non si può tuttavia, chiudere l'analisi qui abbozzata senza evidenziare i due punti meno appaganti della sentenza che qui si è commentata, entrambi sottolineati dai primi acuti commentatori. Spicca, infatti, nell'argomentare della Corte costituzionale, l'idea che le pinze utilizzate per maneggiare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea possano essere utilizzate anche "oltre" la Carta, in modo da determinare quell'effetto di irraggiamento che dalla Carta dei diritti tenda ad estendersi sottotraccia al diritto UE attuativo dei diritti fondamentali. Un trend che, se portato alle estreme conseguenze, rischia di fare crollare l'intero edificio al cui interno sono cresciuti il diritto interno e quello di matrice UE. Tutto questo in un processo che finirebbe col trasformare l'eccezione espressa nell'*obiter* della sentenza n. 269 in regola aurea. Con l'effetto di un accentramento della tutela delle posizioni giuridiche soggettive eurounitarie presso la sola Corte costituzionale. È infatti ben evidente che il riconoscimento della possibilità del rinvio pregiudiziale concessa graziosamente al giudice comune non elide di un millimetro il problema rappresentato da ciò che accadrà dopo che la Corte di giustizia abbia eventualmente riconosciuto che il parametro della Carta UE osta all'applicazione del diritto nazionale. Rimane infatti il nodo rappresentato dagli effetti che questa pronunzia resa in via pregiudiziale, eventualmente sollecitata dal giudice comune, potrà concretamente avere sul giudizio interno, domandandosi ancor oggi se il giudice comune potrà disapplicare la norma interna ovvero sarà tenuto a rivolgersi alla Corte costituzionale, depotenziando il ruolo della Corte di giustizia, con ipotizzabili *vulnera* al sistema dei rapporti fra diritto interno e diritto UE.

Le preoccupazioni, del resto, aumentano se si considera che la Corte costituzionale, almeno in un passaggio – p. 2.3 della parte in diritto – sembra volere rivendicare a sé, attraverso il riconosciuto carattere so-

[56] V. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2019, p. 258.

vrapponibile dei diritti protetti dalla Carta UE con quelli di rango costituzionale, un sindacato diretto ed accentrato sulla portata della Carta stessa, piegandola ad una lettura che essa stessa dovrebbe forgiare "in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri". Se a ciò si aggiunge l'irrisolto tema del divieto di applicazione diretta della Carta UE che sarebbe fatto al giudice comune non ci si può non accorgere che la strada per una stabilizzazione dei rapporti fra le Corti richiede ancora del tempo.

La preoccupazione che tale sistema tenda verso una pericolosa decentralizzazione della portata della Carta dei diritti fondamentali UE, facendo perderne la vocazione europeista ed invece riducendola ad un rango interno capace di piegarsi – almeno in astratto - a ragioni sovraniste che priverebbero, appunto, l'Europa ed i suoi cittadini di uno strumento invece decisivo per riaffermare l'importanza dell'Unione, rimane assolutamente forte [57].

8. Conclusioni

Insomma, la sentenza n. 20/2019 non ha fugato del tutto l'idea che dietro l'*obiter* della 269, pur ora ammorbidito, vi sia comunque ciò che ha detto Bronzini e cioè "il tentativo di ingessatura dei giudici comuni appare ancor più inopportuno e certamente non necessario in un momento storico in cui la Carta viene rilanciata dalla Corte di giustizia come "principio speranza" per ritrovare l'"anima perduta" del progetto europeo".

Sarà il dialogo dentro e fuori le Corti a farci capire in che misura questo pericolo potrà essere fugato, anche considerando che comincia a fare capolino l'idea di un riaccentramento dell'interpretazione costituzionalmente orientata in quella che sarebbe la "sua casa [58].

In gioco, all'evidenza, vi è infatti il potere-dovere del giudice comune di applicare direttamente le disposizioni precettive della Carta dei diritti fondamentali UE del quale fino alla fine del 2017 nessuno poteva dubitare. Potere-dovere che tutto al contrario dopo l'*obiter* della 269/2017 sembrò anestetizzato, introducendo un sindacato di costituzionalità mai sagomato in materia con le rime espresse nella ricordata pro-

[57] Il punto è ben messo in evidenza da G. BRONZINI, "La sentenza n. 20 del 2019 della corte costituzionale italiana. verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?", cit.

[58] M. RUOTOLO, "L'interpretazione conforme a costituzione torna a casa?", in *GruppodiPisa,*25 ottobre 2019.

nunzia del giudice costituzionale. Tutto questo in nome del *predominio assiologico della Costituzione* affermato con riguardo alla CEDU ma di fatto ora esteso alla Carta UE che, alla prima spesso sovrapponendosi, rischierebbe di offuscare il sindacato accentrato di costituzionalità e, in definitiva, la stessa Costituzione.

In gioco vi era – e vi è – "il ruolo centrale del giudice comune" in ragione di un mutamento di sensibilità nell'atteggiamento della Corte costituzionale e la scelta della Corte costituzionale di ritagliarsi o riappropriarsi del proprio ruolo nell'applicazione del diritto dell'Unione" (che va peraltro oltre la Carta Ue, involgendo tutte le controversie nelle quali si discute di diritti fondamentali, come è reso palese dalla sentenza n. 20/2019. La partita peraltro giocandosi all'evidenza "a tre", coinvolge direttamente la Corte di Giustizia con la quale lo strumento privilegiato del rinvio pregiudiziale attivato dal giudice comune nazionale del diritto UE rischierebbe di tagliare fuori, con la mossa del cavallo, la Corte costituzionale.

Dunque un *obiter,* quello della 269, destinato, riprendendo le considerazioni espresse da Bin nell'intervista a due con Antonio Ruggeri su Giustizia Insieme – Giudice o giudici nell'Italia post-moderna?[59], a correggere e superare quel *sistema Onida* (di cui ha parlato Roberto Mastroianni[60]) che aveva invece fortemente enfatizzato il ruolo del giudice comune di garante principale della immediata ed uniforme applicazione delle regole europee dotate di efficacia diretta.

Sullo sfondo un'idea di riconformazione del giudice comune che, accostandosi alla Carta UE, dovrebbe in definitiva comportarsi come si comporta quando maneggia la CEDU (Mori, nell'intervista già citata), non potendo disapplicare direttamente la norma interna contrastante con la Carta. Ecco, dunque compiuto il disegno riformatore dei poteri del giudice comune in nome di una continuità sistemica fra le Carte dei diritti sovranazionali che vengono accomunate quanto a modalità operative ed entrambe "sottoposte" al giudice costituzionale ed alla supremazia della Carta costituzionale.

Ma questa analisi del *new deal* della Corte costituzionale è stata posta in crisi dalla stesso giudice costituzionale nei suoi *seguiti* (sentenze nn. 20 e 63 del 2019) che, forse condizionati dal clima di scarso gradimento della posizione espressa nell'*obiter*, si sono mossi in una direzio-

[59] R. RUGGERI, R.. BIN, "Giudice o giudici nell'Italia post-moderna?", Intervista a cura di R.G. Conti, in *Giustizia Insieme.it*, 10 aprile 2019.

[60] Cfr. R. MASTROIANNI, all'interno dell'intervista di R.G. Conti, "La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?" a P. MORI, B. Nascimbene e R. Mastroianni, in *Giustizia Insieme.it*, 23 aprile 2019.

ne parzialmente contraria alla direttiva prefigurata dalla sentenza n. 269/2017.

Dunque tutto come prima? Un brutto sogno e/o un pernicioso ritorno al passato? Nient'affatto.

La concorrenza di strumenti di tutela che vengono offerti ai titolari dei diritti sembra arricchirsi per effetto della possibilità che non uno ma due "giudici" – quello comune e quello costituzionale – possano offrire tutela ai diritti fondamentali che campeggiano nella Carta UE. Stando alle *rime* della sentenza n. 63/2019, infatti, la Corte costituzionale, ove chiamata in causa dal giudice comune, non potrebbe esimersi dal fornire una risposta alla questione con gli strumenti che le sono propri, ivi compreso il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Da qui i dubbi persistenti sui criteri di scelta che il giudice dovrebbe adottare per "fare da sé" o rivolgersi alla Corte costituzionale. Dubbi che potrebbero essere risolti in ragione del carattere della norma interna – di mera attuazione del diritto UE o di completamento della prima nell'ambito dei margini attribuiti al legislatore interno – secondo quanto proposto da Mastroianni nell'intervista già ricordata- ovvero garantendo la pluralità di interventi come propende chi scrive.

Ancora molto rimane da indagare ed approfondire[61] anche sul tema, più volte espresso da una parte della dottrina[62] che da anni va predicando l'idea di eliminare o comunque attenuare la prospettiva piramidale in materia di diritti fondamentali, in nome della ricerca di una "cooperazione" fra le fonti nazionali e sovranazionali ispirata all'integrazione delle tutele, già del resto patrocinata da Corte cost. n. 388/1989, prim'ancora che da Corte cost. n. 264/2012 e 1/2013. Anche se la cooperazione entra in crisi quando gli *standard* di tutela fra le diverse fonti relative ad uno stesso diritto creano frizioni e contrasti, come pure sottolinea Mastroianni e, ancora, quando ci si domanda chi debba operare la scelta del parametro – costituzionale, ovvero rappresentato dalla Carta UE o dalla CEDU – da utilizzare, da tale risposta nascendo risposte non sempre omogenee in termini di tutela.

Sullo sfondo permane un senso di disorientamento per un duplice ordine di ragioni.

Il primo derivante dal fatto che l'*obiter* qui esaminato non sia maturato in esito ad un corale sforzo di dialogo fra tutti i protagonisti. Dialo-

[61] P. MORI, "La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?" in *Aiusde.eu*, 3 settembre 2019.

[62] V., per tutti, A. RUGGERI, da ultimo nell'intervista pubblicata su *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna* cit.

go che è stato, invece, forzatamente imbastito "dopo" l'*obiter*, com'è testimoniato in modo evidente e lampante da quanto esposto dai tre studiosi del diritto dell'UE intervistati. Tanto è in grado di fugare l'idea che le critiche mosse a quell'impianto da una parte della magistratura – quella più attenta al problema (Piccone, Bronzini, De Stefano) – fossero "di parte" e dunque tese a salvaguardare il "potere giurisdizionale", invece affondando le loro radici sui percepiti pericoli connessi all'attenuazione del sindacato riservato al giudice comune in tema di diritti fondamentali, messo sotto tutela proprio dalla Corte costituzionale in nome di un temuto – anche se spesso non dichiarato – atteggiamento *garibaldino* se non abusivo del giudice comune.

Rimane semmai da analizzare l'andamento delle pronunzie della Corte costituzionale successive all'*obiter* di cui si è detto.

Le sentenze n. 63/2019 e 112/2019, come pure l'ordinanza n. 117/2019 della Corte costituzionale, intervenute assai di recente con delle correzioni di rotta rispetto all'*obiter* danno la misura di quanto sia davvero tutto "in costruzione" il nuovo edificio[63] che l'*obiter* sembrava avere pensato e progettato – forse con eccessiva rapidità – per creare un fortino al cui interno campeggiava incontrastata la Corte costituzionale e che, in corso d'opera, è diventato una sorta di *residence* multiproprietà, con ampie zone comuni destinate all'uso della stessa Corte costituzionale e del giudice comune. Da qui l'interrogativo sul soggetto legittimato (Corte di giustizia o Corte costituzionale) ad identificare le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri – art. 6 del Trattato UE – sul quale la Corte costituzionale non sembra invero nutrire eccessivi dubbi.

Ma è ancora una volta l'esigenza del dialogo che sembra emergere in modo prorompente. Un dialogo che si va componendo in maniera articolata fra i diversi protagonisti e che i giudici, tutti i giudici comuni, non possono pensare di osservare o vivere *ab externo*, dovendo al contrario essere consapevoli della posta in gioco e della responsabilità che sugli stessi ricade.

Una prospettiva dalla quale sembra emergere qualche certezza. E fra queste quella che non si può più fare a meno, oggi, del confronto con la complessità del sistema di leggi che trae linfa anche dalle fonti sovranazionali.

Capire il modo con il quale esse debbano convivere con quelle di stampo nazionale è, forse, l'interrogativo che affaticherà gli studiosi e gli operatori interni più accorti nei prossimi anni.

[63] Sia consentito per gli ulteriori approfondimenti, il rinvio a R. Conti, "Ruggeri, i giudici comuni e l'interpretazione", in *GiustiziaInsieme*, 4 ottobre 2019.

Le prove di dialogo della Corte costituzionale espresse nelle ultime pronunzie non dovranno dunque mascherare operazioni di marginalizzazione del ruolo del giudice comune al quale la Corte di giustizia UE dovrebbe opporre altrimenti degli argini.

Proprio il carattere diffuso del sindacato del giudice comune nazionale, pienamente integrato nel circuito dell'Unione europea e della Corte di Giustizia voluto dalla Costituzione, rappresenta la precondizione per una *iurisdictio* autonoma e indipendente che, oltre ad affrancarsi dalla discrezionalità politica, utilizzi nel modo più accorto i principi di legalità ed eguaglianza, contenendo al suo interno gli strumenti – sistemi di impugnazione, ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione –non già ispirati al controllo ed al condizionamento della giurisdizione di merito ma, tutto al contrario, al perseguimento della più efficace ed effettiva tutela dei diritti[64].

[64] Cfr. G. SILVESTRI, "I problemi della giustizia italiana fra passato e presente", in *RivistaAic*, 14 novembre 2002.

CONCLUSIONI GENERALI

Luigi CONDORELLI*

1. Sono grato alla SIDI, al suo consiglio direttivo, e in special modo a Giuseppe Palmisano, per aver deciso di chiedere a me di presentare, a chiusura di questo importante convegno, delle conclusioni generali: conclusioni che dovrebbero auspicabilmente fare il punto sull'intera problematica coperta dal tema "Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni". Perché io? Quale il mio titolo? È perché, suppongo, sono il veterano tra gli internazionalisti italiani tuttora in vita che hanno avuto occasione negli ultimi 50 anni di intervenire ripetutamente – anche se con un numero piuttosto limitato di parole nel caso mio – sulle tematiche in questione, accompagnando in modo critico (spesso molto critico, per quanto mi riguarda…) l'evolversi della normativa, della giurisprudenza, della dottrina in materia. È un titolo sufficiente? Ne dubito. Ma la responsabilità della scelta non è mia: la mia responsabilità è solo quella – grossa, è vero – di avere accettato.

2. Come fare il punto sulle tematiche che il convegno ha affrontato in una ricchissima sequenza di interventi e dibattiti mediante i quali tutti i profili, tutte le questioni, i sottotemi, le evoluzioni e involuzioni sono stati esplorati in profondità? Certo non rievocando sistematicamente – e se del caso criticando – i vari argomenti trattati e le opinioni espresse: sarebbe del resto impossibile nel breve tempo che mi è concesso. Meglio sposare un'ottica diversa ed adoperare – proprio per fare il punto sulla problematica in oggetto nella sua interezza – una chiave (del tipo "passepartout") che definirei desueta, nel senso che non la si adopera più, quanto meno a titolo principale e in modo dichiarato. Anzi, sembra addirittura fuori moda farvi ricorso. La chiamo "chiave dei primati e delle gerarchie". Mi spiego.

Io credo che sia stato molto giudizioso e "moderno" scegliere per il nostro convegno un titolo all'antica, di marca anzilottiana: il diritto internazionale ed europeo *nei giudizi interni*. Nei giudizi interni, e non negli ordinamenti interni. Siamo indotti così ad appuntare l'attenzione, non (o non tanto) su quella che tradizionalmente viene chiamata la questione

* Professore, Università di Firenze; Professore onorario, Università di Ginevra.

dell'adattamento dell'ordinamento nazionale al diritto internazionale, dell'adeguamento di quello a questo, quanto piuttosto sul dato seguente: che il diritto internazionale ed il diritto europeo rilevano nei giudizi interni, sono pertinenti per il giudice nazionale che deve (ovviamente, in presenza delle condizioni che ne assicurano la vigenza) applicarli per il regolamento delle controversie da decidere, come deve applicare, s'intende, le norme nazionali rilevanti per i casi a lui sottoposti. In questa prospettiva serve a poco porsi il quesito teorico-dommatico se occorra ritenere che il diritto internazionale ed il diritto europeo vengono "nazionalizzati" confluendo nell'ordinamento interno, o se sia invece preferibile vederli come ordinamenti che restano diversi e distinti. Quello che conta è che il giudice è appunto chiamato ad applicarli, tanto quelli che questo. Ma si pone allora il problema delle antinomie: che fare se c'è contrasto, se si fa luce una inconciliabilità tra le norme applicabili, in particolare tra le norme internazionali o/e europee pertinenti e quelle nazionali? Quale prevale e quale cede il passo? A quale va attribuita supremazia ed a quale rango inferiore? Non è audace affermare che, gira e rigira, è proprio di questo problema e dei suoi innumerevoli corollari che si è in fondo discusso nell'intero convegno. Un problema – sia detto per inciso – per la cui impostazione e soluzione serve a poco, anzi non serve per nulla, sposare la concezione monista o dualista (radicale o moderata) dei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno, oppure ragionare in termini di teorico primato dell'uno sull'altro. Serve invece rilevare i criteri in base ai quali il giudice (il giudice italiano, per noi) deve fare le sue scelte, identificando che cosa va considerato capace di prevalere su che cosa, e perché. Ed è opportuno, mi pare, condurre il discorso evitando di limitarlo al settore dei diritti umani e delle libertà fondamentali, nonché del diritto internazionale ed europeo in materia, a cui (alla CEDU specialmente) è stata peraltro dedicata buona parte del convegno: settore di importanza indubbiamente capitale, attraentissimo e di grande visibilità, il quale abbraccia però (non dimentichiamolo) una porzione decisamente esigua dell'ogni giorno più ipertrofico diritto internazionale ed europeo che il giudice interno è chiamato ad applicare.

3. Per portare avanti il discorso, come annunciato, in chiave di primati e gerarchie, e per farlo in modo per così dire "esemplare", servono due norme antinomiche con cui vorrei invitare a giocare. E dato che di gioco si tratta, mi sia consentito per comodità di immaginarle di tenore balzano, assurdo e ridicolo. La prima (*Norma A*) recita: "È vietato uccidere, cucinare e mangiare cani, gatti e canarini". La seconda (*Norma B*) stabilisce: "In periodo pasquale nel territorio di Vicenza è consentito uc-

cidere, cucinare e mangiare gatti" (sto pensando, mi scuso, al celebre detto veneto "*Veneziani gran siori, Padovani gran dotori, Vicentini magnagati, Veronesi tuti mati*"). Che vi sia antinomia è evidente: la *Norma B* non potrebbe essere applicata se non disapplicando (parzialmente) la *Norma A*, oppure, detto altrimenti, l'applicazione contemporanea delle due norme (ove ambedue fossero pertinenti in un caso di specie, quanto a sfera di applicazione) va esclusa "per la contradizion che nol consente".

Sbarazziamoci subito dell'ipotesi in cui le norme A e B figurassero in leggi ordinarie (o in atti aventi forza di legge). Basterà notare che qui ovviamente il giudice, per venire a capo dell'antinomia, non potrebbe ragionare in chiave di primati e gerarchie (*lex superior derogat inferiori*): dovrebbe invece ricorrere a criteri interpretativi appropriati per la parità di rango, del tipo "*lex posterior derogat priori*", oppure "*lex specialis derogat generali*" o ancora "*lex specialis per generalem non derogatur*", e così via.

Diversamente andrebbero invece le cose se la *Norma A* fosse legge ordinaria, o atto di forza equivalente, e la *Norma B* figurasse come clausola di un improbabile trattato internazionale (bilaterale o no) vincolante per il nostro paese. Per non complicare troppo il discorso, supponiamo anche che il trattato in questione abbia ricevuto l'ordine d'esecuzione dato con legge. Qui il giudice non potrebbe in nessun caso evitare di dare applicazione alla *Norma B* a discapito dell'altra, dato che, come recita la Costituzione (art. 117 novellato, 1° comma), "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto … degli obblighi internazionali", da doversi intendere in particolare – si sa – come "… quelli derivanti … dai trattati internazionali" (legge "La Loggia" n. 131 del 2003, art. 1). In altre parole: la Costituzione impone che le leggi dello Stato siano rispettose degli obblighi imposti dai trattati internazionali; ciò logicamente comporta (secondo la lettura che ne dà la Corte costituzionale) che se non lo sono, e nei limiti in cui non lo sono, vanno considerate come costituzionalmente illegittime e destinate quindi ad essere rimosse dalla Corte stessa. Insomma, le norme di legge del tipo della *Norma A* (che siano – si noti – temporalmente anteriori o posteriori) devono per forza di cose cedere a fronte di clausole antinomiche di trattati internazionali del tipo della *Norma B*: potrebbero sopravvivere solo se e nei limiti in cui la loro (parziale) applicazione potesse realizzarsi senza fare ostacolo alla piena applicazione delle disposizioni pattizie del tipo della *Norma B*. Nel nostro caso immaginario, dunque, il diritto di preparare e consumare manicaretti a base di gatto a Vicenza per Pasqua resterebbe comunque garantito, dovendosi ritenere superato il generale divieto legislativo stabilito dalla *Norma A*. Quest'ultimo divieto potrebbe in-

vece ben restare in vita per cani e canarini, ma anche per tutti i gatti, esclusi beninteso nel periodo pasquale gli sfortunati mici vicentini. Riconosciamolo: in buona sostanza il congegno dell'articolo 117 Cost. colloca i trattati internazionali su un gradino più alto di quello della legge ordinaria, anche se inferiore a quello della Costituzione, e ciò nonostante la Corte costituzionale nelle due celebri sentenze gemelle del 2007 affermi (ma è un arzigogolo a carattere formalistico) che le cose non starebbero proprio così, dovendosi ritenere – dice la Corte (sentenza gemella n. 349 del 2007, par. 6.1) – che le disposizioni pattizie, "…rese esecutive nell'ordinamento interno con legge ordinaria, ne acquistano il rango e quindi non si collocano a livello costituzionale". Niente livello costituzionale, d'accordo, ma nemmeno livello di legge ordinaria in verità: rango "intermedio", concede del resto esplicitamente la Corte stessa (sentenza gemella n. 348, par. 4.5). Insomma, in soldoni i livelli, o gradini, o ranghi in gioco non sono due ma tre: a scendere, quello della Costituzione, quello dei trattati internazionali e quello della legge ordinaria.

Una chiosa a proposito dell'art. 117, 1° comma, Cost. Non è il caso, mi pare, di riprendere e discutere qui una questione che avevo sollevato tempo addietro, commentando criticamente le sentenze gemelle del 2007; questione che è stata peraltro tenuta presente nei nostri dibattiti: quella di sapere se davvero si deve ritenere che l'art. 117 Cost. collochi tutti indistintamente i trattati internazionali al di sopra della legge ordinaria: tanto la CEDU che, mettiamo, un trattato sulla cooperazione turistica o sull'autotrasporto internazionale di viaggiatori e merci (se non sui gatti vicentini in salmì ,,,). Continuo a pensare che sia assurdo fare di ogni erba un fascio, che i trattati importanti e di alto respiro (i quali, come la CEDU, contribuiscono a definire – integrandolo e completandolo – l'assetto costituzionale dello Stato) sono una cosa ben diversa dalla gran massa di strumenti tecnici di livello spicciolo, dai "*Bagatellenverträge*", dai tanti accordi che non hanno assolutamente nulla a che spartire coi valori costituzionali. E continua a sembrarmi insensato pretendere che tanto gli uni che gli altri debbono ugualmente prevalere sulla legge passata o futura. Non può dunque non farmi piacere sentire che il mio punto di vista appare oggi persuasivo a più d'uno[1]. Chi sa se la Corte costituzionale non finirà per convincersene anche lei un giorno o l'altro.

[1] Dopo la chiusura del convegno è apparsa una nota di A. TANCREDI (in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 490 ss.) il quale, nell'evocare – con citazioni – la questione, attira l'attenzione su certe "mezze parole" figuranti in due sentenze del 2018 (n. 120 e 194) della Corte costituzionale che sembrano aprire spiragli a promettenti sviluppi in proposito.

4. Chiudiamo la parentesi e andiamo avanti nel gioco. Immaginiamo ora che la *Norma A* figuri in Costituzione ed abbia perciò il rango di questa: ovvio qui che la *Norma B* – ove contenuta in una legge ordinaria od in un atto avente forza di legge – sarebbe costituzionalmente illegittima, restando inteso peraltro che il giudice ordinario non potrebbe disapplicarla se non a seguito della sua rimozione ad opera della Corte Costituzionale. E lo stesso dovrebbe dirsi con riguardo all'altra ipotesi evocata poco fa: quella della *Norma B* figurante come clausola di un trattato internazionale vincolante per l'Italia. In ambedue i casi i gatti di Vicenza sarebbero fuori pericolo, visto il rango sub-costituzionale della norma che ne consentirebbe il culinario sacrificio.

Ancora avanti, per l'ultima tipologia di ipotesi inverosimili su cui sto ricamando: la *Norma A* – supponiamo – è stata accolta in Costituzione, mentre la *Norma B* è disposizione di un regolamento dell'UE, oppure figura in una decisione del Consiglio di Sicurezza ONU indirizzata (anche) all'Italia. Come andrebbero qui le cose? Dovrebbe o no il nostro giudice applicare la *Norma B*, se pertinente per il caso a lui sottoposto, nonostante il divieto costituzionale espresso mediante la *Norma A*? La risposta non può (mi pare) essere che positiva perché – a dar credito all'indirizzo giurisprudenziale consolidato – sia il diritto UE, sia il diritto ONU, sia il diritto internazionale generale si troverebbero in sostanza collocati dalla Costituzione un gradino più su di se stessa, e ciò a causa del gioco degli articoli 11 e 10, 1° comma, Cost., o per dir meglio a causa dell'interpretazione ritenuta dalla Corte di queste disposizioni. In effetti, secondo la Corte (uso qui il linguaggio della sentenza Baraldini, n. 73 del 2001), vanno tenuti in speciale considerazione i "…casi in cui la Costituzione stessa offre all'adattamento al diritto internazionale uno specifico fondamento, idoneo a conferire alle norme introdotte *un particolare valore*"[2]. Questi casi sono quello del diritto internazionale generalmente riconosciuto *ex* art. 10, 1° comma, nonché quello "delle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall'art. 11 della Costituzione o derivanti da tali organizzazioni"; lascio da parte il terzo caso, quello dei patti tra Stato e Chiesa cattolica cui si riferisce l'art. 7, 2° comma, che qui ora non interessa. Quale – domandiamoci – il "particolare valore" conferito dalla Costituzione alle norme internazionali (ed europee) appena citate? È che esse – ci dice la Corte nella sentenza Baraldini ed in tante altre – trovano limite al loro ingresso nell'ordinamento italiano, non nella Costituzione (di cui si ammette dunque che possa subire deroghe sul loro altare), bensì soltanto nei

[2] Il corsivo è aggiunto.

"principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti fondamentali della persona". Tutti sanno che da Baraldini in poi questa formuletta (di cui è difficile sostenere che brilli per precisione) è ripresa innumerevoli volte nella giurisprudenza costituzionale con minime variazioni e – magari – qualche fronzolo che non la rende tuttavia più precisa: tipo "i principi qualificanti e irrinunciabili dell'assetto costituzionale dello Stato" oppure "gli elementi identificativi e irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò sottratti anche alla revisione costituzionale" (sentenza 238/2014, par. 3.1 e 3.2).

Insomma, c'è a quanto appare, al di sopra della Costituzione, una sorta di Supercostituzione, una Costituzione "soprana" (così propongo di chiamarla) composta dai (soli) "principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dai diritti inalienabili della persona", con la quale il diritto internazionale generale, il diritto UE ed il diritto onusiano debbono fare i conti per potere essere applicati in Italia. Questi tre corpi di regole, invece, non debbono fare i conti con la Costituzione "sottana" (cioè con l'insieme dei principi e norme figuranti nella Costituzione italiana) e sono dunque applicabili dal giudice nostro anche se derogano ad essa. Ovviamente – è appena il caso di dirlo – niente conti nemmeno con tutto il diritto interno di rango inferiore a quello costituzionale, legge ordinaria compresa.

5. Non penso sia necessario dilungarsi sul punto: non sarebbe questo, del resto, il luogo ed il tempo appropriato. Può servire al massimo un paio di osservazioni confermative riguardanti il diritto UE ed il diritto ONU. Per il diritto internazionale generalmente riconosciuto non ce ne è bisogno, vista la notissima sentenza 238/2014.

Quanto al diritto UE, che consiste in un gigantesco e implacabilmente crescente profluvio di norme di ogni genere, di ogni spessore e di ogni livello (comprese, che so, la coltivazione del sorgo, la dimensione delle uova di gallina o la conservazione del latte vaccino), non può non apparire inquietante toccare con mano che la sua attuazione in Italia va fatta mettendo la Costituzione – per così dire – da parte, se non sacrificandola: le disposizioni europee – ci si dice – devono essere applicate dal giudice italiano anche se in contrasto con la Costituzione, purché non ne risultino lesi i (soli e imprecisati) "principi supremi" non suscettibili di revisione costituzionale. Come afferma la Corte (*ex multis*, sentenza 348/2007, alla quale va peraltro perdonata la cantonata terminologica dell'uso del termine 'adesione'): "Con l'adesione ai trattati comunitari l'Italia è entrata a far parte di un 'ordinamento' più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al

potere legislativo, nelle materie oggetto dei trattati medesimi, con il solo limite della intangibilità dei principi e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione". Viene voglia di domandarsi se un simile atteggiamento abdicatario, inteso a salvaguardare a fronte del diritto europeo esclusivamente la *crème de la crème* della Costituzione (e non l'intera "tavola dei valori fondamentali", come la Costituzione viene definita da qualcuno), è veramente necessario e da condividere …

Più delicato il discorso relativo al diritto ONU ed alle decisioni "normative" del Consiglio di sicurezza, visto lo stato poco sviluppato della giurisprudenza costituzionale in proposito. Si può dire, in effetti, che fino a pochi anni addietro nessuno si era veramente accorto che l'articolo 11 Costituzione (del quale già dai tempi 'lapergoliani' era stato deciso con un notevolissimo sforzo interpretativo – se non manipolativo – che copre l'UE e tutto il suo diritto) copre anche l'ONU ed il suo diritto. E ciò malgrado si sappia tutti benissimo come quell'articolo sia stato scritto dai padri costituenti nel 1948 proprio pensando all'ONU ed all'auspicata futura ammissione dell'Italia nell'organizzazione, avvenuta poi nel 1955. O quanto meno nessuno sembrava aver coscienza delle conseguenze (alquanto preoccupanti, se ci si pensa; e segnatamente se si pensa all'assenza nel diritto onusiano, a differenza del diritto UE, di meccanismi di controllo di legalità delle decisioni obbligatorie adottate dagli organi dell'organizzazione) che la copertura costituzionale offerta all'ONU dall'art. 11 è suscettibile di produrre con riguardo agli effetti in Italia del diritto onusiano (primario e secondario). Eppure nella sentenza Baraldini (73/2001), già più volte citata, la Corte aveva alluso chiaramente al *particolare valore* conferito dalla Costituzione alle "norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall'art. 11 della Costituzione o derivanti da tali organizzazioni": tutte le organizzazioni internazionali di questo tipo, dunque, e tutto il relativo diritto (ivi compreso quello da loro 'derivante'), non solo l'UE. Comunque oggi, dopo la sentenza 238/2014, questa presa di coscienza appare inevitabile.

Nella sentenza in questione (par. 4.1) la Corte, dopo aver ricordato che la Carta ONU ha ricevuto a suo tempo l'ordine d'esecuzione in Italia, nota che l'organizzazione è provvista di un organo giudiziario (la Corte internazionale di giustizia), le cui decisioni "vincolano ciascuno Stato membro in ogni controversia di cui esso sia parte" (art. 94). E sottolinea: "tale vincolo, che spiega i suoi effetti nell'ordinamento italiano tramite la legge di adattamento ., costituisce una delle ipotesi di limitazione della sovranità alle quali lo Stato italiano ha consentito in favore delle organizzazioni internazionali, come l'ONU, volte ad assicurare pa-

ce e giustizia tra le Nazioni ai sensi dell'art. 11 Cost., sempre però nel limite del rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili tutelati dalla Costituzione." E si sa che nel caso di specie a lei sottoposto la Corte ha poi ritenuto di dover mettere fuori gioco quel vincolo internazionale perché il suo rispetto, se riferito alla celebre e tanto discussa sentenza della CIG del 2012 nel caso Germania-Italia, avrebbe secondo lei generato *in casu* proprio la lesione di un principio a suo giudizio supremo dell'ordinamento costituzionale. Orbene, non vedo come il discorso che la Corte fa riguardo al vincolo per lo Stato membro statuito dall'articolo 94 della Carta potrebbe essere evitato per il vincolo imposto dall'articolo 25, dove si legge che "I Membri delle Nazioni Unite convengono di accettare e di eseguire le decisioni del Consiglio di Sicurezza in conformità alle disposizioni del presente Statuto". Fin qui da noi non è mai successo per quanto ne so, ma chi può escludere che un giorno o l'altro qualcuno, colpito nei suoi interessi da una decisione vincolante del Consiglio di sicurezza (come quella sui gatti vicentini nel nostro stravagante esempio), decida di investire il giudice italiano della questione di sapere se quella decisione è o no rispettosa dei principi costituzionali soprani e/o sottani? Oppure che qualcuno, ritenendosi avvantaggiato da una decisione onusiana, si industri per farla valere in Italia a dispetto di quanto dispongono le nostre leggi nonché, se del caso, la nostra Costituzione 'sottana'?

6. Ragionando sul diritto da applicare nei giudizi interni in chiave di primati e gerarchie abbiamo finito per riconoscere l'esistenza di una sorta di *Stufenbau* che appare ben più articolata e complessa di quanto non si racconti di solito. La scala non ha a ben vedere tre gradini: quello (1) della Costituzione (e del diritto internazionale ed europeo da essa richiamati al proprio livello); quello (2), della legge ordinaria e degli atti aventi forza di legge (e dei trattati internazionali provvisti di ordine d'esecuzione); e quello (3) degli atti normativi di rango inferiore alla legge. Ne ha, di gradini, almeno sei: quello (**1**) della Costituzione "soprana"; quello (**2**) del diritto internazionale ed europeo coperti dagli articoli 10, 1° comma, e 11 Cost.; quello (**3**) della Costituzione "sottana"; quello (**4**) dei trattati internazionali cui si riferisce l'art. 117, 1° comma, Cost.; quello (**5**) della legge ordinaria e degli atti equiparati; e infine quello (**6**) degli atti normativi di rango inferiore alla legge. In questa scala, come si constata, il diritto internazionale prende posto a livelli elevati o addirittura elevatissimi: il diritto internazionale generale, il diritto europeo ed il diritto onusiano vengono a trovarsi su uno scalino superiore rispetto a quello della nostra Costituzione (sottana), anche se uno sotto la

Costituzione soprana, mentre l'insieme dei trattati internazionali di cui all'art. 117, 1° comma, Cost., si colloca sopra le leggi ordinarie, ma sotto la Costituzione (soprana e sottana). La Costituzione (sottana) non è, ribadiamolo, al vertice: considerevolissima e sempre crescente è la mole di norme la cui applicazione nei giudizi interni non è ostacolata – ci si dice – dalla loro eventuale discordanza con essa, purché s'intende non siano contraddetti i "principi supremi" (la Costituzione 'soprana').

È appena il caso di sottolineare che quello appena enunciato non è per nulla un discorso formalistico-teorico di sapore kelseniano, come l'uso del termine evocatore di *Stufenbau* potrebbe a torto far sospettare. È invece un discorso di grosso spessore sostanziale. Basti riflettere a questo: se si riconosce ad una data tipologia di norme un rango superiore rispetto ad un'altra, si riconosce allora implicitamente – che ci se ne renda conto o no – che c'è gerarchia tra i poteri (tra i *lawmakers*) da cui i suddetti tipi di norme rispettivamente promanano. Nel caso nostro, che c'è gerarchia tra, da un lato, quelli che si potrebbero chiamare il "potere estero", il "potere internazionale" o il "potere europeo" (cioè i "poteri" che pongono le norme di diritto internazionale, di diritto europeo, di diritto onusiano rilevanti nei giudizi interni) e, dall'altro lato, il potere legislativo nazionale che adotta le leggi. È questa una dimensione del nostro tema che – ne sono convinto – sarebbe importante mettere in piena luce mediante un esame sistematico ed approfondito che purtroppo qui oggi io non posso fare: ma mi piacerebbe che qualcuno ci si dedicasse *ex professo*. Mi limito a rilevare ora che dallo studio volto ad analizzare come il diritto internazionale ed europeo giochi nei giudizi interni emergono conferme evidenti delle note linee di tendenza circa il declino, se non la progressiva marginalizzazione del Parlamento come legislatore. Tanto più se non si dimentica quanto sia secondaria e/o indiretta – se c'è – la partecipazione del Parlamento stesso alla elaborazione ed alla adozione delle numerosissime norme internazionali ed europee che verranno ad assumere nei giudizi interni un rango più elevato rispetto alla legge. E, per converso, intravediamo anche che vanno crescendo sempre di più i poteri normativi dei *lawmakers* che qualificherei di 'marca governativa'.

7. Il rilevato parallelismo tra la gerarchia delle norme, da una parte, e la gerarchia dei poteri da cui le norme promanano, dall'altra, impone qualche osservazione finale circa i poteri della Corte costituzionale nel "governo" (mi si passi l'espressione) della Costituzione 'soprana'. Sappiamo in effetti che questa abbraccia i "principi supremi" dell'ordinamento costituzionale, i quali non possono essere contraddetti nemmeno da quel diritto internazionale od europeo che invece – ai fini della

sua applicazione nei giudizi interni – non ha da fare i conti con la Costituzione 'sottana': se contraddizione ci fosse, le norme discordi del diritto internazionale o europeo verrebbero espunte dal diritto applicabile. Notiamo anche che i suddetti principi supremi, a differenza di quelli della Costituzione 'sottana', non sono "scritti" da nessuna parte: si tratta, in altre parole, di un diritto non scritto (una tipologia molto familiare per gli internazionalisti) dal contenuto indeterminato, il quale va rilevato e ricostruito grazie ad una analisi dinamica dell'intero materiale costituzionale (normativo e no: penso alla prassi) che permetta di riconoscere gli elementi "identificativi e irrinunciabili" dell'ordinamento costituzionale, i valori essenziali che attualmente lo ispirano. Ma a chi – vien fatto di chiedersi – spetta l'identificazione puntuale dei principi in questione? Chi si vede conferita l'autorità per determinarne l'esatta consistenza e per stabilire se ed in che misura una data norma europea o internazionale confligge con essi e deve di conseguenza essere lasciata da parte? Dalla giurisprudenza costituzionale emerge una risposta chiarissima ed univoca a questi quesiti. Certo, chiunque può farsi un'opinione in proposito e sostenerla – se del caso – autorevolmente, ma solo la Corte costituzionale si vede assegnata (auto-assegnata, bisognerebbe dire in verità) la piena, intera ed esclusiva autorità per decidere *erga omnes* quale è il vero contenuto della Costituzione 'soprana' e come e quando in forza di essa date norme internazionali o europee vanno scartate dai giudizi interni. Non esagererebbe, mi sembra, chi sostenesse di vedere nella Corte il vero *lawmaker* della Costituzione 'soprana'.

Che c'è da aspettarsi dalla Corte quanto al domani della Costituzione 'soprana'? Non è certo il caso di avventurarsi qui in discorsi d'indole profetica, anche se è facile immaginare che, ove dovessero crescere in futuro le istanze di tipo sovranista, la Corte verrebbe verosimilmente a trovarsi sotto pressione per controllare e se del caso bloccare l'ingresso del diritto 'esterno', e del diritto UE soprattutto, usando appunto il vaglio dei principi 'soprani' (aggiornati…). Ma non è questo che auguro. La mia personale speranza è che la Corte sappia man mano far migrare verso la Costituzione 'soprana' l'intero *corpus* dei principi proclamati nella Costituzione 'sottana', di modo che l'idea (e la prassi) di una Costituzione 'duale' o 'bina' vada stemperandosi a favore del ritorno alla unità della Costituzione.

APPENDICE

SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

ORGANI DIRETTIVI

Primo Presidente (eletto con l'atto costitutivo, 1995): Prof. Riccardo Monaco

Consiglio direttivo per il 1996-97 eletto dall'Assemblea di Roma del 12 aprile 1996

Presidente: Prof. Piero Ziccardi

Componenti:

Prof. Umberto Leanza
Prof. Bruno Nascimbene
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Giuseppe Tesauro
Prof. Antonio Tizzano

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1997-98 eletto dall'Assemblea di Milano del 7 giugno 1997

Presidente: Prof. Francesco Francioni

Componenti:

Prof. Giorgio Gaja
Prof. Umberto Leanza
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Giuseppe Tesauro
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1998-99 eletto dall'Assemblea di Siena del 12 giugno 1998

Presidente: Prof. Massimo Panebianco

Componenti:

Prof. M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Giorgio Gaja
Prof. Andrea Giardina
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1999-2000 eletto dall'Assemblea di Salerno del 30 aprile 1999

Presidente: Prof. Andrea Comba

Componenti:

Prof. M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Andrea Giardina
Prof. Giuseppe Nesi
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2000-2003 eletto dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000·

Co-presidenti per il 2000-2001: Prof. Maria Laura Picchio Forlati e Prof. Alberto Miele, eletti dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000

Presidente per il 2001-2002: Prof. Luigi Sico, eletto dall'Assemblea di Padova del 24 maggio 2001

· Con l'emendamento all'art. 4 dello Statuto approvato dall'Assemblea straordinaria.

Presidente per il 2002-2003: Prof. Nerina Boschiero, eletta dall'Assemblea di Napoli del 24 maggio 2002

Componenti:

Prof.M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Andrea Giardina
Prof. Giuseppe Nesi
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2003-2006 eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003

Presidente per il 2003-2004: Prof. Umberto Leanza, eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003

Presidente per il 2004-2005: Prof. Luigi Daniele, eletto dall'Assemblea di Roma del 17 giugno 2004

Presidente per il 2005-2006: Prof. Paolo Fois, eletto all'Assemblea di Trieste del 23 giugno 2005

Componenti:

Prof. Nerina Boschiero
Prof. Sergio Maria Carbone
Prof. Massimo Iovane
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Ugo Villani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2006-2009 eletto dall'Assemblea di Alghero del 17 giugno 2006

Presidente: Prof. Benedetto Conforti

Vicepresidente per il 2006-2007: Prof. Riccardo Luzzatto eletto dall'Assemblea di Alghero del 17 giugno 2006

Vicepresidente per il 2007-2008: Prof. Sergio Marchisio, eletto dall'Assemblea di Milano dell'8 giugno 2007

Vicepresidente per il 2008-2009: Prof. Ennio Triggiani, eletto dall'Assemblea di Roma del 26 giugno 2008

Componenti:

Prof. Nerina Boschiero
Prof. Sergio Maria Carbone
Prof. Paola Gaeta
Prof. Edoardo Greppi
Prof. Massimo Iovane

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2009-2012 eletto dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009

Presidente: Prof. Giorgio Gaja

Vicepresidente per il 2009-2010: Prof. Lucia Serena Rossi, eletta dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009

Vicepresidente per il 2010-2011: Prof. Rosario Sapienza, eletto dall'Assemblea di Bologna del 10 giugno 2010

Vicepresidente per il 2011-2012: Prof. Sergio Maria Carbone, eletto dall'Assemblea di Catania del 23 giugno 2011

Componenti:

Dott. Giulio Bartolini
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Edoardo Greppi
Prof. Laura Pineschi
Prof. Ennio Triggiani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2012-2015 eletto dall'Assemblea di Genova del 31 maggio 2012

Presidente: Prof. Maria Laura Picchio Forlati

Vicepresidente per il 2012-2013: Prof. Giuseppe Cataldi, eletto dall'Assemblea di Genova il 31 maggio 2012

Vicepresidente per il 2013-2014: Prof. Michele Vellano, eletto dall'Assemblea di Napoli il 13 giugno 2013

Vicepresidente per il 2014-2015: Prof. Paolo Palchetti, eletto dall'Assemblea di Courmayeur il 27 giugno 2014

Componenti:

Prof. Marina Castellaneta
Dott. Francesco Costamagna
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Roberto Mastroianni
Prof.ssa Laura Pineschi

Segretario Generale: Prof. Edoardo Greppi

Consiglio direttivo per il 2015-2018 eletto dall'Assemblea di Macerata del 5 giugno 2015

Presidente: Prof. Ugo Villani

Vicepresidente per il 2015-2016: Prof.ssa Laura Pineschi, eletta dall'Assemblea di Macerata il 5 giugno 2015

Vicepresidente per il 2016-2017: Prof. Giuseppe Nesi, eletto dall'Assemblea di Parma del 9 giugno 2016

Vicepresidente per il 2017-2018: Prof. Francesco Salerno, eletto dall'Assemblea di Trento dell'8 giugno 2017

Componenti:

Prof.ssa Marina Castellaneta
Prof. Federico Casolari
Prof.ssa Angela Di Stasi
Prof.ssa Alessandra Gianelli
Prof. Paolo Palchetti

Segretario Generale: Prof. Pasquale De Sena

Consiglio direttivo per il 2018-2021 eletto dall'Assemblea di Ferrara del 6 giugno 2018

Presidente: Prof. Fausto Pocar

Vicepresidente per il 2018-2019: Prof. Giuseppe Palmisano, eletto dall'Assemblea di Ferrara il 6 giugno 2018

Vicepresidente per il 2019-2020: Prof.ssa Susanna Cafaro, eletta dall'Assemblea di Roma il 5 giugno 2019

Componenti:

Prof.ssa Angela Di Stasi
Prof. Pietro Gargiulo
Prof. Francesco Munari
Dott. Andrea Spagnolo
Prof.ssa Francesca Clara Villata

Segretario Generale: Prof. Pasquale De Sena

Finito di stampare presso la *Vulcanica Print* Nola (Na)
nel mese di maggio 2018