

La tutela in Europa dei diritti fondamentali e il giudice italiano

Relazione del dott. Vincenzo OLIVERI

(Presidente della Corte d'appello di Palermo)

I.RE.S.P.A.

Giornata di studio sul tema

**L'INCIDENZA DELLE SENTENZE DELLE CORTI EUROPEE DI STRASBURGO E DI
LUSSEMBURGO SULL'ORDINAMENTO GIURIDICO E SULLA SOCIETÀ CIVILE**

Palermo – 10 giugno 2011

1.- Scorrendo i repertori dell'ultimo decennio, nelle massime delle sentenze e nei titoli dei saggi leggiamo sempre più spesso locuzioni del tipo «*dialogo tra le corti*», «*tutela multilivello*», «*ordinamento multilivello*», «*globalizzazione dei diritti e delle tutele*», «*superamento della territorialità del diritto*», «*dissoluzione del rapporto tra norma e territorio*».

Le espressioni sono utilizzate, in larga misura, in riferimento al tema della tutela dei diritti fondamentali, in quanto sviluppatasi in una dimensione trascendente i confini nazionali, a causa di molteplici fattori. Tra questi, meritano di essere ricordati, in primo luogo, la circostanza che «*i diritti fondamentali nascono come diritti naturali, si sviluppano come diritti costituzionali e si dirigono verso la meta dei diritti universali*» attraverso un sempre maggiore numero di strumenti internazionali e sono caratterizzati da un «*cammino continuo*», che «*procede lentamente dal riconoscimento dei diritti del cittadino di un singolo stato al riconoscimento dei diritti del cittadino del mondo*»; in secondo luogo, il mutamento della concezione della sovranità dello Stato - accentuata dal processo di integrazione europea - quale consacrata, tra l'altro, negli articoli del

capo primo delle preleggi del codice civile («Delle fonti del diritto»), ispirati alla «assolutezza del potere statale nei rapporti internazionali, incisi da una nuova concezione (determinata dalla trasformazione subita dal diritto internazionale, divenuto anche il diritto degli individui) e dall'affermarsi della «legalità costituzionale».

La legalità costituzionale, in particolare, ha arginato lo strapotere delle maggioranze parlamentari, ha garantito una più efficace tutela nei confronti degli atti illeciti, anche dei pubblici poteri, e, grazie all'apertura alle fonti esterne realizzata dalla nostra Carta fondamentale, ha permesso l'ingresso di norme ulteriori rispetto a quelle interne, che stabiliscono diritti anche per i singoli, assecondando in tal modo la «aspirazione all'universalità» dei diritti fondamentali.

Contemporaneamente al rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali è, tuttavia, venuto profilandosi il «pericolo di una "Babele" dei diritti (e delle loro tutele)», determinato da plurime cause, tra cui, da un canto, la pluralità delle fonti e la difficoltà, per alcune, di stabilirne il rango, con conseguente incertezza nel coordinamento del sistema di garanzie, anche in considerazione della facoltà dei singoli di rivolgersi, in taluni casi, direttamente alle Corti internazionali per conseguire la tutela e della differente conformazione datane da queste ultime e, dall'altro, l'attenuazione del rapporto fra norma e territorio e la graduale transizione dall'ordinamento statale gerarchico a quello cd. *multilivello*, che hanno contribuito a rompere il monopolio dei giuristi sul diritto, creando non poca confusione nella materia.

Al fine di prospettare i problemi che il tema, che mi è stato affidato, pone, è opportuno muovere dalla premessa che, all'interno di un sistema di tutela dei diritti fondamentali fortemente segnato dalle fonti esterne, al giudice comune spettano poteri e compiti di pregnante rilievo.

Le prime questioni da affrontare e i nodi da sciogliere sono quelli dei limiti di tale potere, sui quali, tra l'altro, incidono: la configurazione e la natura della relazione tra fonti interne ed esterne

e – come già accennato - l'incertezza nel coordinamento del sistema di garanzie, dovuto alla molteplicità ed eterogeneità delle fonti ed alla differente conformazione dei diritti fondamentali offerta dalle Corti internazionali.

Mi soffermerò sul primo dei detti profili e sulla configurazione della valenza costituzionale del rapporto tra norme interne ed esterne, conseguente al fatto che «è nella Costituzione che si trova il riferimento all'osservanza del diritto internazionale», che costituisce il fondamento interno per l'applicazione delle relative norme, la quale non esclude «la necessità di un confronto tra la norma internazionale in ipotesi applicabile ed i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato», poiché la Carta fondamentale garantisce *«una primauté di principio della norma internazionale sulla norma nazionale»*, ma fa salva *«la verifica di sintonia con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale interno»*.

Il dovere del legislatore e dei giudici di assicurare l'osservanza degli obblighi dello Stato nei confronti dell'intera Comunità internazionale e degli altri Stati sovrani singolarmente considerati – anche in riferimento ai diritti fondamentali che trovano origine e contenuto in atti internazionali – ha fonte nella Costituzione ed è stato in questa disciplinato: *a)* in primo luogo, mediante un meccanismo di adattamento automatico alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 10, primo comma, Cost.), ai trattati sulla condizione giuridica dello straniero (art. 10, secondo comma, Cost.), ai Patti Lateranensi sui rapporti tra Stato e Chiesa (art. 7 Cost.); *b)* in secondo luogo, prefigurando la possibilità di «limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni», nonché della partecipazione ad organismi internazionali rivolti a tale scopo, con una disposizione collocata tra i "principi fondamentali" della Costituzione (art. 11 Cost.); *c)* in terzo luogo, e da ultimo, completando l'apertura alle fonti esterne, grazie alla novellazione dell'art. 117, primo comma, Cost., che onera il legislatore ordinario (statale e regionale) del rispetto «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

2.- Nel quadro di tali principi, l'adesione alla CE (ora UE) ha costituito un significativo fattore di accelerazione dell'integrazione del sistema delle tutele (interno ed esterno) e di incremento dei poteri del giudice comune nel settore dei diritti fondamentali, sebbene le competenze comunitarie, in origine, fossero orientate essenzialmente verso il campo d'interesse economico e mancasse nei Trattati un riferimento ai diritti fondamentali.

A questa lacuna, da epoca risalente, aveva posto rimedio la Corte di giustizia che, influenzata dalla presa di posizione delle Corti costituzionali italiana e tedesca, ha affermato sin dal 1969 che «*i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza*», sia pure «*entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità*».

La rilevanza della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario è conseguita alla centralità assunta dalla libertà di circolazione delle persone nel sistema comunitario ed al fatto che le persone non sono state più considerate solo «*economicamente, ma in quanto tali*».

Su questa scia a partire dalla metà degli anni '70, ha preso avvio una giurisprudenza che ha garantito la tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario, anche facendo riferimento alla CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, benché la Corte di giustizia abbia ritenuto di potere interpretare il parametro convenzionale secondo il proprio apprezzamento. Dal suo canto, il giudice di Strasburgo, in una vicenda nella quale la Corte di giustizia si era pronunciata a seguito di ricorso pregiudiziale, aveva affermato che il sistema giuridico dell'Unione europea offre una "garanzia equivalente" di protezione dei diritti dell'uomo.

L'esito è stato che - indipendentemente e prima delle modifiche normative che hanno espressamente disciplinato il profilo in esame - la tutela dei diritti fondamentali non è stata affatto estranea all'ordinamento comunitario ed è per questo che il tipo di integrazione tra quest'ultimo e l'ordinamento interno ed il risultato in ordine ai poteri ed ai compiti del giudice comune rivestono peculiare interesse per tre ordini di ragioni.

La **prima** è che essi rivelano l'importanza e le prospettive del diritto giurisprudenziale, dato che l'ordinamento comunitario è stato definito e si è evoluto anche come un sistema di diritto pretorio. Ed è proprio quest'ultimo ad avere significativamente contribuito alla configurazione della Comunità prima, dell'Unione oggi, quale organizzazione internazionale *sui generis* che, riconoscendo come soggetti, non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini, si caratterizza in quanto **norme direttamente applicabili (come i regolamenti) e norme dotate di effetto diretto devono essere applicate da parte del giudice nazionale in assenza di atti di recepimento, alla stessa stregua di norme nazionali.**

La **seconda** è che tale diritto giurisprudenziale è stato frutto del concorso di giurisprudenza interna ed europea e del dialogo tra giudici interni (Corte costituzionale e giudici comuni) e Corte di Lussemburgo (sviluppatosi, con i giudici nazionali, grazie soprattutto al "rinvio pregiudiziale").

La **terza** ragione è che, all'esito di tale evoluzione, sono risultati enfatizzati poteri e compiti del giudice *comune*, ma è stato confermato il ruolo pregnante della Corte costituzionale nel settore dei diritti fondamentali.

La conferma della configurazione del diritto UE quale diritto di forte matrice giurisprudenziale è data dalla constatazione che tre dei principi fondanti l'ordinamento comunitario sono appunto di matrice giurisprudenziale, in quanto enunciati dalla Corte di giustizia all'esito di procedure di rinvio pregiudiziale. Il riferimento è in particolare : a) al principio del primato del diritto dell'UE su quelli nazionali, in virtù del quale il primo prevale sul secondo con esso in contrasto, che, quindi, "non è applicabile", restando disciplinato il rapporto, per quanto di ragione, dalla sola norma comunitaria; b) al principio dell'efficacia diretta delle norme del Trattato e delle direttive non attuate, il quale comporta l'idoneità della norma comunitaria che presenti determinati caratteri a creare diritti ed obblighi direttamente ed utilmente in capo ai soggetti dell'ordinamento (persone fisiche o giuridiche), che possono farli valere dinanzi al giudice nazionale, anche nel caso in cui si tratti di norme indirizzate agli Stati membri, che a questi impongono un obbligo di fare o di non fare, la cui

osservanza si collega comunque ad un diritto del singolo; c) al principio della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione.

La valenza costituzionale del rapporto, la forte matrice giurisprudenziale dell'assetto della relazione tra ordinamenti e la sua riconducibilità ad un dialogo tra le Corti può essere compiutamente apprezzata ricordando che, quasi all'alba della nascita dell'ordinamento comunitario, la Corte costituzionale, con la sentenza *Costa/Enel* (n. 14 del 1964), aveva rinvenuto nell'art. 11 Cost., nella parte nella quale enuncia che l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni e promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo, la base giuridica che aveva consentito l'adesione dell'Italia alla CE, con legge ordinaria. Tuttavia, in considerazione del rango ordinario della legge di adesione al Trattato, alla luce delle regole fondamentali sul rapporto tra le fonti, la Corte aveva escluso che il contrasto tra la legge ordinaria successiva e le norme del Trattato potesse dare luogo ad una questione di costituzionalità, potendo comportare soltanto la responsabilità dello Stato per violazione della fondamentale regola di diritto internazionale *pacta sunt servanda*..

Il dissenso su tal punto espresso dalla Corte di giustizia concorse al ripensamento del principio, realizzato, in parte, dalla nostra Corte con le sentenze *Frontini* e *Industrie chimiche* (n. 183 del 1973, e n. 232 del 1975), caratterizzate: a) dalla conferma dell'art. 11 Cost. quale base giuridica per l'adesione alla CE; b) dall'identificazione della Comunità quale istituzione connotata da un «ordinamento giuridico autonomo e indipendente» (sentenza del 1973); c) dalla configurazione dei due sistemi quali «sistemi giuridici autonomi e distinti»; d) dalla costruzione dell'antinomia norma interna/norma del regolamento CE come questione di legittimità costituzionale (sentenza del 1975).

Dell'inidoneità di tale esito a garantire il primato del diritto comunitario, posto in luce dalla Corte di Lussemburgo con la sentenza *Simmenthal* del 1978, la Corte costituzionale prese atto

con la sentenza *Granital* (n. 170 del 1984), che enunciò, infine, i principi che hanno eliminato le ragioni di contrasto con i giudici europei, principi che ancora oggi governano i rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario e che la successiva giurisprudenza, in buona sostanza, si è limitata a ribadire e precisare in riferimento alle molteplici fattispecie nelle quali vengono in gioco.

In questa sede, è sufficiente sottolineare che l'evoluzione realizzata grazie al diritto giurisprudenziale ha comportato l'attribuzione al giudice *comune* del compito di primo giudice comunitario, *chiamato a garantire il primato del diritto UE grazie al potere di "non applicazione" della norma interna, nel quadro di un sistema di controllo diffuso di **compatibilità comunitaria**, esercitato attraverso un dialogo con la Corte europea, in un sistema nel quale il ruolo della Corte costituzionale appare, in buona sostanza, residuale.*

Si tratta di considerazione confortata dalla declinazione dei compiti spettanti al giudice *comune*, quale effettuata dalla giurisprudenza costituzionale, che, per quanto qui interessa, può essere sintetizzata in due principi:

a) per il **primo**, il contrasto con la norma del diritto dell'UE dotata di effetto diretto da parte di una norma interna comporta che quest'ultima «non viene in rilievo» per la disciplina della fattispecie, quindi ne determina la «non applicabilità», che va accertata e dichiarata dal giudice *comune*, salvo che questi denunci che la seconda viola i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ed i diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione (cc.dd. *controlimiti*), ponendo una questione di legittimità costituzionale.

b) Il **secondo** principio comporta che l'antinomia norma interna/norma UE dà luogo ad una questione di legittimità costituzionale, quando la norma comunitaria sia priva di effetto diretto, oppure -sempre che ad essa non possa porsi rimedio mediante l'interpretazione conforme - quando «*dall'applicazione della direttiva derivi una responsabilità penale*».

La rilevanza dei poteri del giudice *comune* può essere compiutamente apprezzata, avendo riguardo, tra l'altro, a due recentissime pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 10 maggio 2011, n. 7 e n. 8. Le pronunce, sostanzialmente identiche, hanno esaminato la fattispecie del rigetto da parte della Pubblica amministrazione dell'istanza di emersione del lavoro irregolare (art. 1-ter, comma 13, della legge n. 102 del 2009) presentata da uno straniero extracomunitario, motivato dalla condanna riportata dall'istante, per essersi illegalmente trattenuto in Italia, in violazione dell'ordine del Questore (art. 14, comma 15-ter, del d.lgs. n. 286 del 1998). Il contrasto esistente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato in ordine alla ostatività di tale reato alla regolarizzazione è stato ritenuto dall'Adunanza Plenaria irrilevante, e ciò a seguito della sentenza della Corte di giustizia 28 aprile 2011, concernente la direttiva sui migranti. Quest'ultima sentenza, ampiamente pubblicizzata dai *mass media*, ha affermato che *«la direttiva 2008/115, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo»*.

In questa sede, sembrano di rilievo i due passaggi argomentativi con i quali il Consiglio di Stato ha ritenuto: in primo luogo, che *«la previsione di tale fattispecie penale, e le conseguenti condanne, non sono più compatibili con la disciplina delle procedure di rimpatrio»*; in secondo luogo, che, in virtù della giurisprudenza costituzionale sulla "non applicazione", all'antinomia deve porre rimedio il giudice *comune*, il quale è tenuto a prendere atto che *«l'entrata in vigore della normativa comunitaria ha prodotto l'abolizione del reato» in esame «e ciò a norma dell'art. 2 del codice penale, ha effetto retroattivo, facendo cessare l'esecuzione della condanna e i relativi effetti penali»*, in forza di una retroattività che travolge i provvedimenti amministrativi già adottati. Si tratta, infatti,

di affermazioni le quali **evidenziano quanto penetranti siano i poteri del giudice comune in tema di tutela dei diritti fondamentali, all'interno di un sistema caratterizzato dal controllo diffuso di compatibilità delle norme interne con le norme dell'Unione europea.**

3.- La rilevanza delle fonti esterne nel sistema di tutela dei diritti fondamentali è stata, tuttavia, maggiore in relazione al versante **CEDU**, poiché il Consiglio d'Europa è stato istituito proprio allo scopo di promuovere e diffondere in Europa la democrazia ed il rispetto dei diritti fondamentali. Tuttavia, l'efficacia di tale fonte si è scontrata con i principi costituzionali che governavano il rapporto tra fonti interne ed esterne, stabiliti, sino alla riforma costituzionale del 2001, esclusivamente negli artt. 10 ed 11.

Sarebbe un fuor d'opera procedere qui alla ricognizione dell'evoluzione degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale ed alla puntuale indicazione delle sentenze che li hanno espressi, nonché delle diversificate posizioni assunte dai giudici comuni sulla questione del rango e dell'efficacia delle norme convenzionali.

E' sufficiente ricordare che, sino alla novellazione dell'art. 117, primo comma, Cost., dalla giurisprudenza del giudice delle leggi erano desumibili quattro principi fondamentali.

Il **primo** (risalente alla sentenza n. 32 del 1960, compiutamente teorizzato dalla sentenza n. 188 del 1980, ribadito dopo il 2007 dalle sentenze n. 348 e n. 349 di tale anno e, da ultimo, confermato dalle sentenze n. 80 e 113 del 2011) **consiste nell'affermazione che l'art. 10, primo comma, Cost. non concerne le norme convenzionali**, poiché l'adeguamento automatico alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute può avere ad oggetto soltanto norme di carattere consuetudinario, anche se ciò non significa -come, da ultimo, ha ribadito la recentissima sent. n. 113 del 2011 (caso *Dorigo*), in continuità con le sentenze n. 311 del 2009 e n. 349 del 2007- che una norma consuetudinaria recepita in una convenzione internazionale perda per ciò solo tale carattere.

In virtù del **secondo** principio, nel caso di contrasto della norma interna con la norma convenzionale, non viene in considerazione l'art. 11 Cost., poiché non è individuabile, con riferimento alla CEDU «*alcuna limitazione della sovranità nazionale*» (in tal senso, dalla sentenza n. 188 del 1980, sino alle sentenze cc.dd *gemelle* del 2007 ed alla sentenza n. 80 del 2011).

Il **terzo** principio comporta che la CEDU, resa esecutiva nell'ordinamento interno con legge ordinaria, ha tale rango, quindi le relative disposizioni non potevano fungere da parametri per lo scrutinio di costituzionalità.

Dal **quarto** principio conseguiva che all'impossibilità di censurare la validità di norme in contrasto con obblighi internazionali liberamente assunti dal nostro Paese poteva porsi rimedio valorizzando l'identità dei valori enunciati nella CEDU e nella Costituzione, ovvero attribuendo particolare 'forza' alla Convenzione, enfatizzandone la rilevanza nell'interpretazione sia delle norme parametro sia delle norme oggetto, oppure privilegiando un'interpretazione conforme alla CEDU, anche nell'esegesi offerta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Tale essendo lo stato dei rapporti tra diritto interno e CEDU sino al 2007, appare chiaro il carattere di forte innovatività delle sentenze cc.dd. *gemelle* (n. 348 e n. 349 del 2007), le quali hanno enunciato principi che hanno ricevuto aggiustamenti con le sentenze n. 311 e n. 317 del 2009, e, da ultimo, sono stati confermati dalle sentenze n. 80 e n. 113 del 2011.

3.1.- L'orientamento della giurisprudenza costituzionale affermatosi dal 2007 permette di enucleare tre premesse e di ricavare tre fondamentali regole che governano la materia.

Le premesse sono le seguenti:

a) le norme CEDU «*non si collocano a livello costituzionale*», perché sono state recepite con legge ordinaria, e neppure rientrano nell'«ambito di operatività dell'art. 10, primo comma, Cost.», salvo che non siano riproduttive di norme internazionalmente riconosciute.

b) Alla CEDU non è riferibile l'art. 11 Cost., in quanto non è individuabile, con riguardo alle specifiche norme convenzionali, una

limitazione della sovranità nazionale; «i diritti fondamentali non possono considerarsi una "materia" in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità»..

c) La novellazione dell'art. 117 Cost. ha emendato la preesistente lacuna, con un parametro che ha dato copertura alle norme della Convenzione, le quali specificano, integrandone il contenuto, il dovere del legislatore di rispettare gli «obblighi internazionali». Nondimeno, il parametro non ha attribuito «rango costituzionale» alla CEDU», ma ha stabilito «*l'obbligo del legislatore ordinario di rispettarle*» e, quindi, la disposizione nazionale con essa in contrasto lo «*viola per ciò stesso*».

Le regole in ordine ai poteri ed ai compiti del giudice *comune* possono essere così riassunte:

a) quando in una fattispecie venga in rilievo la CEDU, il giudice *comune*, individuata la norma della Convenzione applicabile, verifica se, eventualmente, essa sia vulnerata dalla disposizione interna, e ciò deve fare avendo riguardo all'interpretazione della Corte di Strasburgo; diversamente da quanto accade per gli altri accordi internazionali, non può, infatti, fornire una diversa lettura della disposizione convenzionale;

b) identificato il contenuto precettivo della disposizione convenzionale, il giudice *comune* verifica se sia possibile offrire della norma interna un'interpretazione conforme alla prima, entro i limiti di quanto consentito dagli ordinari criteri ermeneutici, tenendo conto sia che «*l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza*», sia degli specifici margini di apprezzamento riservati al giudice nazionale;

c) soltanto quando l'interpretazione conforme, ovvero la possibilità di valorizzare il margine di apprezzamento spettante al giudice nazionale, non permettano di escludere l'antinomia, il giudice *comune* è tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna, con riferimento all'art. 117, primo

comma, Cost., essendo privo del potere di “non applicare” la seconda.

In definitiva, il nuovo parametro ha realizzato «*un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati*» e che, tuttavia, «*è soggetta a sua volta [...], ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione*» da parte della Corte delle leggi, perché integra il parametro costituzionale, ma rimane «*pur sempre ad un livello sub-costituzionale*».

La norma convenzionale deve, perciò, essere conforme a Costituzione e, diversamente da quanto accade per le norme comunitarie e concordatarie, l'eventuale «*scrutinio di costituzionalità*» non è limitato «*alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali*».

4. Tale essendo, in sintesi, lo stato della giurisprudenza costituzionale, è qui possibile isolare soltanto due tra le molte questioni ancora in campo, in relazione alle quali intendo limitarmi a proporre interrogativi, per evidenziare come talune delle soluzioni ipotizzabili, anche seducenti, in considerazione dell'enfaticizzazione dei compiti del giudice *comune* e dell'incremento (forse solo apparente) del livello di tutela dei diritti fondamentali, richiedano attenta meditazione.

A] *Il primo interrogativo.*

Il primo interrogativo, per così dire di sistema, è riassumibile nella seguente domanda: se la disciplina dei rapporti tra ordinamento interno e UE (in particolare, l'affermazione del controllo diffuso di compatibilità comunitaria) è, sostanzialmente, frutto di un diritto pretorio, è possibile pervenire ad identico risultato (e cioè al riconoscimento del potere del giudice *comune* di “non applicare” la norma interna in contrasto con la CEDU) anche in assenza di una norma espressa e, quindi, attraverso un principio giurisprudenziale ?

A tale domanda ritengo che possa essere agevolmente data una risposta negativa, anche se occorre subito sottolineare che il vero nodo in essa insito attiene, in primo luogo, all'identificazione del

“*tipo*” di diritto pretorio attraverso il quale potrebbe pervenirsi ad un tale esito. In secondo luogo, ad essa sono sottesi ulteriori complessi interrogativi attinenti al “merito” della questione, che passano, tra l’altro, attraverso la verifica dei presupposti e dei limiti entro i quali organizzazioni così diverse come l’Unione Europea e quella a cui ha dato vita la CEDU siano omologhe, circostanza che non mi sembra agevole sostenere ed è stata negata dalle sentenze n. 349 del 2007 e n. 80 del 2011. **D’altronde, potrà non farci piacere, ma le organizzazioni internazionali non sono tutte identiche ed occorre, inoltre, adeguatamente considerare anche l’esigenza di preservare integrità e forza della nostra Costituzione, pur a fronte della crescente avanzata del processo di integrazione sovranazionale.**

B] *Il secondo interrogativo.*

Il secondo interrogativo, strettamente correlato al primo, è sintetizzabile nella seguente domanda: in quali mani sta oggi la risoluzione della questione del ruolo e dei compiti del giudice comune ?

Una tale domanda va posta anche perché è stato autorevolmente prospettato che tale questione –in particolare, la possibilità di ritenere che la norma CEDU possa essere fatta prevalere dal giudice *comune*, mediante la “non applicazione” della norma interna con essa in contrasto– resterebbe «nelle mani del giudice *comune*, e quindi in ultima analisi della Corte di cassazione (oltre che, beninteso, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti)» con considerazione che sembra prefigurare la possibilità di un esito diverso da quello affermato dalla Corte costituzionale, in difformità rispetto ai principi dalla stessa enunciati ed indipendentemente da un *revirement* da parte di quest’ultima.

Al riguardo, nell’impossibilità di esaminare *funditus* il problema, mi sembra doveroso almeno sollevare una serie di dubbi, per richiamare l’attenzione su alcuni profili peculiarmente complessi. Tra questi, va anzitutto ricordato che l’inesistenza nel nostro ordinamento di un monopolio dell’interpretazione delle norme costituzionali in capo al giudice delle leggi non basta ad incidere

sulla previsione nella Carta fondamentale di una molteplicità di giurisdizioni e sul fatto che l'opzione in questa espressa per il controllo accentrato di costituzionalità potrebbero (e dovrebbero) indurre a ritenere che, qualora una questione abbia sicura valenza costituzionale (come nella specie), la parola ultima su di essa spetti alla Corte delle leggi. Riconosciuto, come è doveroso, il primato della Costituzione, è necessario a questo prestare ossequio nei suoi molteplici profili.

Se così è e se, come ho accennato, il rapporto tra fonti interne e fonti esterne recepite nell'ordinamento con legge ordinaria ha valenza costituzionale, il principio che governa tale rapporto, quale enunciato dalla Corte costituzionale, è suscettibile di critica, ma si impone al giudice *comune*, sino a quando non sia rimeditato da detta Corte, non diversamente da quanto è accaduto in ordine alla questione del rapporto diritto interno/diritto comunitario.

Al riguardo, non è, peraltro, irrilevante osservare che la regola enunciata dalla Corte delle leggi sembra che sia stata recepita dalla Corte di cassazione, la quale, è stato osservato, ha compreso che la prima «*non intende mortificare l'operato dei giudici ordinari, né tanto meno emarginarli dal sistema "multilivello" della tutela dei diritti fondamentali*».

Ma v'è di più. Proprio nell'anno in cui si consumava quella che, prendendo a prestito un'efficace espressione coniata dal Presidente Renato Granata, può essere definita la cd. *terza guerra* tra le Corti, si registrava tra queste una piena sintonia sulla questione in esame. Anzi, a ben vedere, il giudice delle leggi, nell'enunciare i principi contenuti nella sentenze *gemelle*, sembra quasi avere avallato e fatto propria la configurazione offerta dalle Sezioni Unite civili con le quattro note sentenze del 2004, alle quali, nel biennio successivo, sono seguite una serie di pronunce delle Sezioni penali che, sebbene abbiano affrontato problemi non omologhi, «*possono essere accomunate nell'orientamento secondo cui le sentenze della Corte europea [...] comportano l'obbligo per il giudice italiano di conformarsi*» alle stesse.

Per quanto qui interessa, le sentenze del 2004, nel decidere una serie di questioni in tema di diritto alla ragionevole durata del

processo, ponendo fine ad una serie di incertezze che avevano connotato la giurisprudenza di legittimità sul problema dell'efficacia e della rilevanza delle norme convenzionali avevano affermato: **a)** che il giudice ordinario ha il dovere di «applicare il diritto nazionale conformemente alla Convenzione» e di «interpretare detta legge in modo conforme alla CEDU per come essa vive nella giurisprudenza della Corte europea», che, però, opera «"per quanto possibile", e quindi solo nei limiti in cui detta interpretazione conforme sia resa possibile dal testo della stessa legge», poiché il giudice non può violarla, essendo ad essa «pur sempre soggetto»; **b)** che «un eventuale contrasto tra la legge n. 89/2001 e la CEDU porrebbe una questione di conformità della stessa con la Costituzione che, come si è visto, tutela lo stesso bene della ragionevole durata del processo, oltre a garantire i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2)», la quale, appunto perché tale, va sottoposta alla Corte delle leggi.

C] *Il terzo interrogativo.*

La sopravvenienza del Trattato di Lisbona è all'origine del terzo interrogativo, così sintetizzabile: l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la nuova efficacia della Carta di Nizza possono costituire una sorta di Santo Graal, decisivo per il riconoscimento del potere di "non applicazione" del giudice comune nella materia dei diritti fondamentali ?

Una tale domanda fondatamente è formulabile, in quanto: l'art. 6 del TUE stabilisce l'adesione dell'UE alla CEDU, quindi si è sostenuto che la seconda sarebbe già diventata diritto comunitario e che le relative disposizioni sarebbero applicabili nel nostro ordinamento quale diritto dell'UE; ed è sembrato che l'entrata in vigore del Trattato abbia prodotto l'effetto di rendere applicabile in qualsiasi controversia, a qualsiasi situazione, la Carta di Nizza, indipendentemente da ogni ulteriore presupposto.

Alla domanda ha offerto convincente risposta la Corte costituzionale con la recente sentenza n. 80 del 2011, affermando, in linea generale, in ordine ai poteri del giudice *comune*, che «restano [...] pienamente attuali i principi al riguardo affermati da questa Corte a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007: principi,

del resto, reiteratamente ribaditi dalla Corte stessa anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenze n. 1 del 2011; n. 196, n. 187 e n. 138 del 2010), pure in rapporto alla tematica oggetto dell'odierno scrutinio (sentenza n. 93 del 2010)».

Al riguardo è sufficiente ricordare che il Trattato di Lisbona reca due importanti modifiche all'art. 6 del Trattato Unione europea relativamente alla tutela dei diritti fondamentali

Il primo paragrafo riguarda la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), che viene "comunitarizzata". Il secondo e terzo paragrafo la CEDU, a cui si consente che l'Unione europea possa aderire.

In particolare al par. 1 leggiamo:

<<L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.>>

Ai par. 2 e 3 che:

<<L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali >>.

E' in tal modo evidente il diverso valore giuridico che vengono ad assumere la Carta di Nizza e la CEDU.

La prima acquisisce “lo stesso valore giuridico dei trattati”. In tal modo diviene diritto comunitario e comporta tutte le conseguenze del diritto comunitario in termini di prevalenza sugli ordinamenti nazionali. Intendo dire, che – a seguito del Trattato di Lisbona - una legge interna che contrasta con una norma della Carta di Nizza ben potrà essere disapplicata dal giudice nazionale.

Diverso è il discorso per la CEDU. Il Trattato Unione Europea, per come modificato dal Trattato di Lisbona, consente – superando la tradizionale *querelle* - l’adesione dell’Unione alla CEDU. Non solo tale adesione deve ancora avvenire, secondo le procedure del protocollo n. 8 annesso al Trattato, ma soprattutto non comporterà l’equiparazione della CEDU al diritto comunitario, bensì - semplicemente - una loro utilizzabilità quali “principi generali” del diritto dell’Unione al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Si tratta di una formula non certo dissimile da quella originaria del Trattato sull’Unione europea (approvata nel 1992) “L’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario”.

Il Trattato di Lisbona nulla, dunque, ha modificato circa la (non) diretta applicabilità nell’ordinamento italiano della CEDU che resta, per l’Italia, solamente un obbligo internazionale, con tutte le conseguenze in termini di interpretazione conforme e di prevalenza mediante questione di legittimità costituzionale, secondo quanto già riconosciuto dalla Corte costituzionale.

la Carta non costituisce uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell’UE, tutela che essa non ha affatto ampliato, come ha precisato la Corte di Lussemburgo anche dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Ciò vuole dire che presupposto di applicabilità della stessa è che la fattispecie sottoposta all’esame del giudice deve essere disciplinata dal diritto

UE e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto.

Avviandomi, dunque, alla conclusione, è da dire che al giudice *comune* spetta il rilevante *onore* di essere un rilevante artefice della realizzazione del sistema di tutela dei diritti fondamentali, poiché, per primo, è chiamato a dare attuazione alla Costituzione, al diritto dell'UE, alla CEDU, ma anche il gravoso *onere* di dare armonica e razionale attuazione alla molteplicità delle fonti, in un sistema non più piramidale, ma multilivello, nel quale il giudice *comune* è chiamato a concentrarsi in modo nuovo e più forte sui valori.