

Elisabetta Mottese

**Tutela multilivello dei
diritti fondamentali e
teoria dei controlimiti.
Una integrazione “limitata”**

2010 – 1.2

Fogli di lavoro
per il Diritto Internazionale



Direzione scientifica: *Rosario Sapienza*

Coordinamento redazionale: *Elisabetta Mottese*

Redazione: *Adriana Di Stefano, Federica Antonietta Gentile, Giuseppe Matarazzo*

Volume chiuso nel mese di giugno 2010

FOGLI DI LAVORO *per il Diritto Internazionale è on line*

<http://www.lex.unict.it/it/crio/fogli-di-lavoro>

ISSN 1973-3585

Cattedra di Diritto Internazionale

Via Gallo, 24 - 95124 Catania

E-mail: risorseinternazionali@lex.unict.it

Redazione: foglidilavoro@lex.unict.it

Tel: 095.230857 - Fax 095 230489

Elisabetta Mottese

Tutela multilivello dei diritti fondamentali e teoria dei controlimiti. Il sistema europeo di protezione dei diritti umani nei rapporti tra Corte Costituzionale, Corte di Giustizia e Corte Europea dei diritti dell'uomo: una integrazione "limitata".

SOMMARIO

Premessa I. La teoria dei controlimiti. I rapporti tra Corti Costituzionali e Corte di Giustizia. 1.1. I diritti fondamentali: il silenzio dei Trattati e la voce delle Corti Costituzionali. 1.2 La prima giurisprudenza sui controlimiti: la Corte Costituzionale italiana. 1.2.1 La Corte Costituzionale tedesca. 1.3 La più recente giurisprudenza sui controlimiti: le pronunce delle Corti Costituzionali Francese e Spagnola. 1.3.1 La pronuncia del Consiglio di Stato sul caso *Federfarma*. 1.4 Alcune pronunce della Corte di Giustizia: i controlimiti "al contrario"? 1.4.1 I casi *Omega* e *Schmidberger*. II. I rapporti tra Corte Costituzionale e Corte Europea dei diritti dell'uomo. I controlimiti? 2.1 Brevi cenni sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. 2.2. La CEDU e l'ordinamento nazionale: quali rapporti prima delle sentenze 348 e 349 del 2007? 2.2.1. Due sentenze della Cassazione per un controlimite. 2.3 La CEDU e l'ordinamento nazionale dopo le sentenze 348 e 349 del 2007. 2.4 Obblighi internazionali vs interessi costituzionalmente protetti: i controlimiti "allargati". III Conclusioni 3.1. La tenuta della teoria dei controlimiti (o del suo superamento). 3.2. La teoria dei controlimiti come sistema di "traduzione" dei diritti da una lingua (leggasi: sistema) ad un'altra.

Premessa

Trattare di diritti umani non è mai una cosa semplice, qualunque sia l'approccio utilizzato: sia esso quello del politico, del sociologo, del giurista o del filosofo. Cosa sono? Come vengono garantiti e da chi? Sono davvero universali i c.d. diritti fondamentali? L'operatore del diritto non può temere di provare a dare risposta a questi interrogativi ma deve continuare a porsi, cercando, tra le diverse soluzioni possibili, quella che ritiene più soddisfacente, maggiormente compatibile, più familiare alle categorie giuridiche di appartenenza.

Da anni (decenni) avvertiamo e ci viene detto che qualcosa è cambiato, che dobbiamo fare i conti con una nuova visione del mondo, che la c.d. globalizzazione ha ormai mutato irreversibilmente - perlomeno secondo alcuni - ogni tipo di relazione fra gli esseri umani: economica, territoriale, sociale, giuridica. Anche il diritto, come strumento primario di regolazione e di mediazione delle istanze individuali e collettive, come modo per dar forma e voce ai bisogni di una società, non può, quindi,

non tener conto di questa rete mondiale di connessioni spaziali e di interdipendenze funzionali sempre più marcate.

Ed in questo contesto sempre più si parla di spazio giuridico globale, di globalismo giuridico, di internazionalismo giudiziario; si affacciano nuovi soggetti (*alias* nuove fonti) e nuovi oggetti del diritto. Le categorie tradizionali del diritto interno, così come del diritto internazionale, molto spesso diventano inutilizzabili per ragionare sui nuovi fenomeni.

La perdita della sovranità economica accelerata dall'internazionalizzazione dei mercati, la riduzione degli ambiti di diretto intervento pubblico, l'evoluzione dei poteri pubblici verso attività di regolazione e verso un esercizio delle prerogative sovrane sempre più concertato tra le proprie varie ed interne articolazioni e con soggetti privati, induce a esprimersi in termini di 'crisi dello Stato'.

Ne discende, da un lato un'esigenza di governabilità che ha contribuito a uno spostamento del baricentro politico istituzionale dai Parlamenti verso gli esecutivi, con la necessità di rivedere i meccanismi e le forme della legittimazione democratica e, dall'altro lato, la modificazione del legame esclusivo tra Stato e cittadini a favore di una pluralità di appartenenze, di identità e di livelli di tutela dei diritti.

Ormai da tempo, infatti, ai processi di 'stratificazione' dei poteri a più livelli, da quelli internazionali e sopranazionali a quelli infrastatali, fanno riscontro crescenti differenziazioni del regime dei diritti, con l'affermazione di diversi livelli di tutela che segnano sempre più il superamento del dogma del costituzionalismo classico del monopolio statale in materia di diritti. L'interazione tra livelli di tutela e ordinamenti giuridici e valoriali di appartenenza del singolo crea sistemi *multilevel* di protezione e salvaguardia dei diritti dell'uomo.

"I diritti nascono assieme allo Stato, fino al punto di giustificare la scelta della stessa organizzazione statale: da un modello, quale quello ottocentesco nel quale lo Stato viene dopo i diritti si è passati ad un modello nel quale lo Stato e i diritti nascono insieme, i secondi legittimando il primo"¹.

La tutela dei diritti fondamentali rappresentava, secondo la concezione classica, una gelosa prerogativa degli Stati nazionali; col passare degli anni si è assistito a una graduale nascita di un livello sopranazionale e internazionale degli strumenti posti a garanzia dei diritti umani.

Nell'attuale contesto politico e normativo non sono definite in termini troppo precisi le delimitazioni tra lo spazio giuridico ancora riservato alla legislazione e soprattutto alla giurisdizione interna e il c.d. *spazio giuridico europeo*.

¹ P. CARETTI, *La tutela dei diritti fondamentali nella prospettiva della Costituzione Europea*, in *La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004.

La pluralità dei livelli di tutela presenta indubbiamente vantaggi e svantaggi. Sotto il primo profilo, la molteplicità di prospettive valoriali permette di garantire una protezione effettivamente completa dei possibili diritti violati.

Sotto il secondo profilo, però, e non a caso, si è parlato di un vero e proprio ‘giardino dei diritti’, all’interno del quale sorgono non poche antinomie e contraddizioni tra sistemi di tutela che non è sempre facile coordinare e integrare.

Le Costituzioni democratiche contemporanee individuano nei diritti un momento di affermazione e sviluppo della personalità e un principio di organizzazione della società. In tale modo i diritti rappresentano i bisogni individuali e di gruppo e rivelano i valori la cui tutela lo Stato deve assumere come obiettivo della propria azione e come limite della propria sovranità.

A partire dal secondo dopoguerra, la tutela e la promozione dei diritti umani si è ampliata sempre più alla luce dell’idea che il loro rispetto trascende la sovranità nazionale e non può essere subordinato a fini politici o compromesso da interessi meramente nazionali. I diritti umani e l’ipotizzata universalità degli stessi e della loro tutela diventano possibile o unico strumento per realizzare quell’integrazione sociale (‘tra estranei’, come direbbe Habermas²) altrimenti non raggiungibile. Per converso il rischio è che, prendendo le mosse da una presunta ‘unità morale’ del genere umano, si arrivi a giustificare ogni e qualsiasi tipo di intervento(ismo) umanitario.

“Nel mondo contemporaneo, segnato dalle diversità, dal pluralismo, dal disaccordo, dal conflitto, i diritti costituiscono insieme una sorta di lingua franca, di linguaggio comune in grado di superare i confini culturali, e essi stessi sono al contempo causa di dissenso e di contrapposizione. Sembra che non ci sia rimasto null’altro in comune se non i diritti e, tuttavia, alla convinzione diffusa che è bene che esistano si accompagna un ampio dissenso sul modo di concepirli, di giustificarli e di proteggerli. La comunanza intorno ai diritti è più una convergenza sulla centralità di questo tema che un accordo sul suo contenuto. Anche coloro che denunciano l’imperialismo culturale occidentale non rifiutano l’idea generale che gli esseri umani abbiano diritti, ma rigettano un determinato modo d’intenderli. I diritti più che una soluzione sono un problema ineludibile e comune”³.

‘La comunanza intorno ai diritti’ è tanto più significativa e l’indagine intorno alla materia tanto più complessa, quanto più ci allontaniamo dallo scenario globale per avvicinarci a quello di interesse, vale a dire quello europeo.

L’attuale situazione dei diritti fondamentali in Europa è assolutamente particolare

² J. HABERMAS, *Una Costituzione per l’Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in G. ZAGREBELSKY, P. PORTINARO., J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996.

³ F. VIOLA, «Diritti umani e scienza giuridica», in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 49 ss.

caratterizzandosi, è noto, per la molteplicità non solo delle fonti che riconoscono e garantiscono i diritti stessi ma anche degli ambiti e livelli di operatività e soprattutto dei giudici preposti alla loro tutela. In questo contesto esistono più sistemi normativi, istituzionali e giurisdizionali contemporaneamente attivi, sovrapposti, solo parzialmente collegati e collocati su differenti livelli di un'ideale scala gerarchica.

Questa sovrapposizione o giustapposizione di diversi meccanismi di protezione dei diritti fondamentali dell'uomo viene, per l'appunto, definita come 'sistema multilivello' riflettendo, come è stato efficacemente detto, "la condizione peculiare del cittadino europeo, che è portatore non di una monolitica identità, ma di identità molteplici, corrispondenti ai differenti aggregati sociali cui appartiene"⁴.

Un sistema di tutela che impegna tre ordinamenti (se non quattro con riferimento agli Stati federali e al livello regionale esistente al loro interno): quello nazionale, quello comunitario e quello sovranazionale. Vale a dire quello dello Stato Italiano e della sua Costituzione, quello dell'Unione Europea e dei Trattati istitutivi e della Carta di Nizza, quello del Consiglio d'Europa e della Convenzione per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali.

Dal punto di vista delle giurisdizioni chiamate ad assicurare l'efficiente ed effettiva tutela dei diritti riconosciuti alle persone che di questo sistema fanno parte, facciamo riferimento alla Corte Costituzionale, alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee (nonché al Tribunale di primo grado) e alla Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Tre ordinamenti e tre Corti che operano non solo su livelli diversi e con diverso grado di integrazione e, talvolta, come vedremo, di interferenza, ma "in base a differenti *rationes*, con differenti strumenti di tutela dotati a loro volta di un diverso grado di effettività"⁵. Ciò perché ogni ordinamento rappresenta un sistema autonomo di valori giuridici e di beni tutelati, di tal che i diritti riconosciuti e garantiti in ciascuno di questi sistemi non sempre e non necessariamente coincidono con quelli riconosciuti e tutelati in altri⁶.

Tale ovvia considerazione è della massima importanza per comprendere appieno il funzionamento ed i limiti di un sistema *multilevel* di protezione dei diritti dato che esso è continuamente percorso da una duplice tensione: da un lato quella

⁴ P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*, in S. PANUNZIO e E. SCISO (a cura di), *Le riforme costituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, Milano, 2002, p. 89.

⁵ P. BILANCIA, «Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti», in <http://www.associazione-deicostituzionalisti.it>.

⁶ Cfr. F. SORRENTINO, «La tutela multilivello dei diritti», in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005, p. 79 ss.

all'armonizzazione delle discipline e delle tutele, dall'altro quella al mantenimento delle specificità proprie di ogni sottosistema.

Le evidenti conseguenze di un assetto di questo genere sono, pertanto, due. Per un verso una fortissima omogeneizzazione del diritto – derivante, come detto, anche da un più ampio processo di omologazione culturale e sociale a livello globale – e quella che da taluni autori viene definita come una vera e propria ‘colonizzazione giudiziaria’⁷ in grado di travolgere culture e specificità nazionali in un’Europa divenuta sempre più grande.

La seconda conseguenza, del tutto antitetica rispetto alla precedente, è che il possibile rischio di conflitti tra istanze giurisdizionali sovra e sotto ordinate, non si risolva attraverso la ‘comunitarizzazione’, o la ‘europeizzazione’ dei principi ma al contrario attraverso un nuovo e più vitale ruolo delle identità nazionali anche attraverso la teoria dei c.d. controlimiti di cui nuovamente e vivacemente si parla in considerazione degli effetti che essa può produrre nella ridefinizione delle strutture costituzionali dell’ordinamento comunitario ivi compreso il sistema di tutela dei diritti fondamentali.

La recente posizione delle Corti costituzionali di diversi Stati, tra cui il nostro, evidenzia “una sorta di seconda generazione della giurisprudenza sui controlimiti, finalizzata a riconoscere un ruolo attivo, e non più solo difensivo, delle singole identità nazionali”⁸.

Le Corti costituzionali mostrano un orientamento volto a sostenere “che il processo di armonizzazione nella tutela dei diritti non coincide necessariamente con una sorta di processo di omologazione strisciante in cui vada dispersa la varietà e la particolarità delle singole esperienze costituzionali nazionali”⁹.

Non dobbiamo dimenticare che se i controlimiti sono ‘nati’ per limitare l’avanzata del diritto comunitario all’interno delle strutture costituzionali degli Stati membri, essi hanno anche rappresentato un importante sprone all’affermazione di una tutela dei diritti fondamentali autenticamente comunitaria.

I conflitti inter-ordinamentali, ontologicamente connessi (come tali inevitabili) a un sistema *multilevel* in cui non sono chiaramente definiti i principi di funzionamento ed i criteri di risoluzione delle antinomie, sono dovuti anche al continuo dialogo fra

⁷ M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione Europea*, in M. CARTABIA (a cura di) *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti Europee*, Bologna, 2007, p. 13 ss.

⁸ F. ANGELINI, *Il Trattato che adotta una costituzione per l’Europa alla prova delle corti costituzionali nazionali. Le pronunce del Consiglio costituzionale francese e del Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2005, 193.

⁹ *Ivi*.

corti nazionali ed europee. Dialogo che ha portato in evidenza, come si diceva, l'esistenza di un sistema costituzionale europeo di principi e valori che ha anche fornito materia di coesione e di alimentazione per un inedito "fenomeno interattivo fra una pluralità di ordinamenti giuridici (statuali, sovranazionale, interstatuale)"¹⁰.

Ciò che si vuol tentare di dimostrare col presente lavoro, contribuendo in qualche modo ad una ricostruzione della teoria dei controlimiti certamente senza alcuna pretesa di esaustività, è che di controlimiti non si può ragionare solo nei rapporti tra Corte Costituzionale Italiana (o quelle Corti degli Stati membri che ve ne hanno fatto riferimento) e Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

Di controlimiti si può parlare tutte le volte in cui le decisioni di un determinato organo giurisdizionale del *multilevel system of fundamental rights' protection* si scontrano con quelle di un'altra giurisdizione posta su un altro livello. Ovvero quando gli strumenti utilizzati per ottenere l'armonizzazione delle tutele non possano operare come criteri di ricomposizione del 'sistema', creando un corto circuito tra le Corti chiamate a difendere il medesimo diritto, di tal ché ogni sistema necessariamente appresterà le tutele che a quel diritto sono riconosciute secondo criteri di valore e coordinamento propri di ciascun sistema.

Il giudizio sulla valenza e portata dei controlimiti serve allora a porre a carico di uno degli elementi del sistema multilivello l'obbligo di prendere in considerazione un punto di vista enunciato da un altro elemento, innescando un dialogo tra istituzioni e Corti alla ricerca di una possibile soluzione di compromesso¹¹.

La teoria dei controlimiti torna utile, quindi, sia per ricordare che esistono diverse 'visioni del mondo', sia per trovare un approccio che permetta di studiare i sistemi multilivello dei diritti da un altro punto di vista: quello dello scontro tra tensione ad armonizzare e tensione a mantenere la specificità delle tutele.

L'originalità di un sistema multilivello dei diritti risiede proprio nella sua capacità di ravvicinamento delle garanzie giurisdizionali ferma restando la capacità di ciascun sistema di porre dei confini oltre i quali nessun altro ordinamento o Corte sovranazionale si può autoritativamente posizionare, seppure in nome dei diritti fondamentali dell'uomo.

Si comincerà, pertanto, compiendo un breve *excursus* storico intorno alla dottrina dei controlimiti così come essa è stata teorizzata dalla Corte Costituzionale Italiana e

¹⁰ R. TONIATTI, *Il principio di Rule of law e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell'Unione Europea*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, p. 506.

¹¹ G. ITZCOVICH, «L'integrazione europea tra principi e interessi. Il dialogo fra giudici tedeschi e Corte di giustizia nella 'guerra delle banane'», in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, p. 385 ss.

da quella Tedesca facendo riferimento alle pronunce più rilevanti con uno sguardo anche ad una recente sentenza del Consiglio di Stato¹² foriera di non poche polemiche in merito.

Nell'ambito dei rapporti tra ordinamenti interni e ordinamento comunitario si farà riferimento a talune pronunce della Corte di Giustizia che si inquadrano in un filone ormai sempre più nutrito di sentenze in cui la Corte sembra abbandonare l'approccio funzionalista in favore di una tutela dei diritti fondamentali scollegata dal 'mercato' e incentrata sulla persona.

Si tratta di pronunce che, ancora una volta, facendo riferimento alla teoria dei controlimiti, possono essere interpretate come il segno dell'applicazione 'al contrario' di detta dottrina; il limite non si cerca e trova più solo all'interno del sistema di riferimento ma in principi inviolabili che si rinvengono anche al di là di esso con la conseguenza che le libertà considerate fondamentali nell'ordinamento comunitario 'retrocedono' (si autolimitano) dinanzi ad altre libertà provenienti, ad esempio, dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. È evidente, in questo caso, che il sistema multilivello si caratterizza per la sua forte propensione armonizzatrice¹³.

Si valuteranno, successivamente, i rapporti tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale e internazionale attraverso l'analisi delle più recenti sentenze¹⁴ della Corte Costituzionale italiana che sembrano aver messo definitivamente fine alla questione del rango delle norme CEDU all'interno del nostro sistema delle fonti.

Anche in questo caso la lente attraverso cui si analizzeranno le suddette pronunce sarà quella della teoria dei controlimiti. Con tale strumento saranno interpretate le affermazioni della Corte sulla necessità di sottoporre le norme CEDU al vaglio, 'allargato' - si vedrà in che senso - di costituzionalità.

¹² Consiglio di Stato, Sentenza n. 4207, 8 agosto 2005.

¹³ Secondo M. CARTABIA, «Unità nella diversità: il rapporto tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali», in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, p. 607 ss., la propensione armonizzatrice contiene "il germe di un potenziale rischio di omologazione culturale per il tramite delle istituzioni comunitarie".

¹⁴ Si tratta delle ormai notissime sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007.

I. LA TEORIA DEI CONTROLIMITI. I RAPPORTI TRA CORTI COSTITUZIONALI E CORTE DI GIUSTIZIA

1.1 I diritti fondamentali: il silenzio dei Trattati e la voce delle Corti Costituzionali.

Come noto i Trattati istitutivi delle Comunità europee non contenevano originariamente alcun catalogo dei diritti fondamentali da tutelare nei confronti delle istituzioni comunitarie né, più in generale, facevano menzione alcuna alla necessità di apprestare garanzie a tali diritti. Solo col trattato di Maastricht si è assistito all'inserimento nei Trattati di una disposizione specifica in cui si dava atto che l'ordinamento comunitario "rispetta i diritti fondamentali"¹⁵.

Il silenzio dei Trattati in materia di diritti fondamentali è stato diversamente spiegato dalla dottrina soprattutto alla luce del fatto che gli stessi sono stati conclusi in un momento storico caratterizzato da una grande sensibilità verso il tema. Basti pensare a tal proposito alla firma della CEDU nel novembre del 1950.

Taluni autori hanno evidenziato che le finalità squisitamente economiche della costruzione comunitaria facevano ritenere come poco realistica la possibilità di una violazione di diritti fondamentali da parte dei poteri comunitari e quindi come non necessaria in tal senso la previsione di una vera e propria 'competenza' comunitaria.

Altri hanno fatto leva sulla considerazione che "l'intento dei padri fondatori era quello di lasciare che fossero gli Stati membri con le loro Costituzioni, le loro Corti Costituzionali e i loro apparati giurisdizionali, a garantire il rispetto dei diritti fondamentali anche nei confronti delle istituzioni comunitarie"¹⁶.

Altri ancora hanno richiamato l'attenzione sulle significative differenze negli standard di protezioni dei diritti rinvenibili tra gli Stati membri, differenze che avrebbero impedito di trovare uno standard 'comunitario' di tutela da cristallizzare in un vero e proprio *Bill of Rights* europeo.

Tutte e tre queste ipotesi sono corrette nella misura in cui individuano le caratteristiche del sistema comunitario di protezione dei diritti fondamentali nonché le critiche che a tale sistema sono state mosse e gli ostacoli che esso ha incontrato lungo un percorso che è giunto, nel 2000, alla redazione della Carta di Nizza.

A prescindere dalle concrete motivazioni che hanno portato i trattati istitutivi a caratterizzarsi per la loro 'frigidità' in materia di diritti, per dirla con Mancini¹⁷, bisogna dare atto che già *ab initio* è apparso chiaro come il trasferimento di sovranità dagli

¹⁵ Art. 6 del TUE (già art. F), secondo il quale, al secondo comma, "L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione Europea 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". Norma, successivamente, confermata, ad opera del Trattato di Amsterdam, dall'art. 7 che prevede addirittura una specifica procedura di accertamento di gravi violazioni dei diritti fondamentali da parte di uno Stato membro che può portare anche alla sospensione di "alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall'applicazione del presente trattato".

¹⁶ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, op. cit., p. 16.

¹⁷ FEDERICO MANCINI ha utilizzato l'espressione 'frigidità sociale' dei trattati con riferimento alla inesistenza negli stessi di alcun tipo di tutela relativa ai c.d. diritti sociali.

Stati membri alla Comunità non dovesse, comunque, implicare un abbassamento del livello di protezione dei diritti fondamentali garantito dagli ordini costituzionali nazionali.

Nel momento in cui, peraltro, la Corte di Giustizia ha iniziato ad affermare quelli che costituiscono ormai i capisaldi dell'*acquis* comunitario in termini di rapporti tra diritto dell'Unione e diritto interno, l'esigenza delle Corti Costituzionali di regolamentare, delimitandoli, i rapporti con la Corte sovranazionale, si è fatta via via più stringente.

Così all'affermazione del principio del primato del diritto comunitario su quello nazionale¹⁸ o del principio dell'effetto diretto, attribuito dalla Corte di Giustizia alle norme dei trattati¹⁹ e alle norme di diritto derivato²⁰, ha fatto eco la Corte costituzionale con una serie di pronunce attraverso le quali essa è passata da un atteggiamento di decisa resistenza²¹ alle posizioni comunitarie all'accettazione della tesi della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno²², fatti salvi (sia ben chiaro) i c.d. controlimiti.

Non pare il caso di dilungarsi sulle vicende giurisprudenziali, oltremodo note, che hanno portato all'affermazione del principio della *primauté* del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati membri e che ci porterebbero troppo lontano dalle finalità del presente lavoro se non per quel che riguarda le connessioni che tale argomento (e la giurisprudenza sul punto) hanno sulla nascita della teoria dei controlimiti.

Il rapporto tra la Corte di giustizia e la Corte costituzionale si è sviluppato quale rapporto tra ordinamenti, caratterizzato da una vera e propria 'gerarchia normativa' fra ordinamenti coordinati seppure 'autonomi e distinti'²³ secondo l'approccio dualistico per il quale ha optato la nostra Corte, diversamente dalla Corte del Lussemburgo.

Taluni autori non hanno mancato di evidenziare, infatti, come l'atteggiamento

¹⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 15 luglio 1964, in causa C-6/64, *Costa c. Enel*.

¹⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 5 febbraio 1963, in causa C-26/62, *Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*.

²⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 4 dicembre 1974, in causa C-41/74, *Van Duyn c. Home Office*, (solo per citare la prima in ordine di tempo).

²¹ Cfr. Corte Costituzionale, sent. 24 febbraio 1964, n. 14, (*Costa*).

²² Cfr. Corte Costituzionale, sent. 18 dicembre 1973, n. 83, (*Frontini*); sent. 232/1975 (*Società industrie chimiche Italia centrale*); sent. n. 170/1984, (*Granital*).

²³ Cfr. Corte Cost., sent. n. 170/1984, (nota come sentenza *Granital*), dove si afferma al punto 4 della motivazione che: "Vi è un punto fermo nella costruzione giurisprudenziale dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno: i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato".

della nostra Corte fosse volto a difendere la legittimità dell'ordinamento italiano, evitando che gli stessi testi potessero essere interpretati da due Corti costituzionali in concorrenza provocando in tal modo la delegittimazione della giurisdizione nazionale²⁴.

Non a caso la teoria dei controlimiti, elaborata sulla scia di questa giurisprudenza, si afferma nella materia della protezione dei diritti fondamentali, in un settore, vale a dire, ontologicamente connesso al concetto stesso di costituzione²⁵.

La Corte costituzionale, infatti, ha ammesso la prevalenza dell'ordinamento comunitario su quello statale solo a condizione che il diritto comunitario non violi i principi fondamentali e i diritti inalienabili riconosciuti e garantiti dalla Costituzione italiana.

Si è posto, in tal modo, un limite oltre il quale il diritto sovranazionale, sebbene tendenzialmente prevalente su quello interno, deve inesorabilmente e necessariamente arrestarsi.

1.2 La prima giurisprudenza sui controlimiti: la Corte Costituzionale italiana.

La 'tendenza' della Corte Costituzionale italiana a garantire un'efficace tutela dei principi e dei diritti fondamentali dell'ordinamento italiano nei confronti della Comunità europea è riconducibile alla sentenza n. 98 del 27 dicembre 1965, relativa alle attribuzioni giurisdizionali della Corte di giustizia CE. Ciò che, in particolare, la Corte italiana criticava - in relazione agli artt. 102 e 113 della Costituzione ed alla VI disposizione transitoria della Costituzione - era quella parte dell'art. 2 della L. 25 giugno 1952, n. 766, (norma per mezzo della quale era stato reso esecutivo in Italia il Trattato CECA) con cui si dà ingresso nell'ordinamento statale agli artt. 33, 41 e 92 del Trattato medesimo, riguardanti le competenze giurisdizionali della Corte di Giustizia cui è attribuita giurisdizione esclusiva sui ricorsi contro i provvedimenti dell'Alta autorità.

Nello specifico la Corte riteneva esistente un contrasto tra le suddette norme e taluni principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, come il divieto di

²⁴ Cfr. G. ZAGREBELSKY, in «Corti europee e corti nazionali», reperibile sul sito internet <http://www.luiss.it>.

²⁵ Pensiamo alla famosa formulazione dell'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 secondo cui "ogni società nella quale non sia assicurata la garanzia dei diritti, né determinata la separazione dei poteri, non ha costituzione".

istituzione di giudici straordinari e di giudici speciali, l'attribuzione della funzione giurisdizionale a magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme dell'ordinamento giudiziario ovvero la garanzia della piena tutela dei diritti e degli interessi legittimi di ogni cittadino nei confronti della P.A..

Sul punto i giudici costituzionali hanno evidenziato che gli artt. 102 e 113 Cost. “concernono soltanto la tutela dei diritti e degli interessi che sono attribuiti ad ogni soggetto per la sua posizione nell'ordinamento interno, e non dei diritti e degli interessi che gli derivano dalla sua posizione in un ordinamento estraneo come quello della CECA.”²⁶. Da ciò ne deriva, secondo il ragionamento della Corte, che anche in ambito giurisdizionale possano essere attribuite alle Comunità competenze già assegnate allo Stato membro, solo se ciò accade “senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale; questo diritto è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2, come si arguisce anche dalla considerazione che se ne è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848”²⁷.

L'idea che sussiste un insieme di norme costituzionali del nostro ordinamento intangibili dalle norme comunitarie viene approfondito in altra nota pronuncia.

Con la sentenza del 27 dicembre 1973, n. 183 la Corte, pur considerando inapplicabili²⁸ nei confronti della normativa comunitaria “le disposizioni costituzionali che disciplinano unicamente l'attività normativa degli organi dello Stato”²⁹, afferma che “in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma - sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini - possano comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189³⁰ una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa

²⁶ Cfr. punto n.2 della motivazione della Sent. 98/65 in *Giur. Cost.*, 1965, I, p. 1322. Tutte le sentenze della Corte Costituzionale sono pubblicate sul sito internet: <http://www.cortecostituzionale.it>.

²⁷ Cfr. punto n.2 della motivazione.

²⁸ Cfr. G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 1999, p. 128.

²⁹ Cfr. punto n.8 della motivazione.

³⁰ Oggi art. 249 TCE.

Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali”³¹.

Un’ulteriore conferma dell’atteggiamento di chiusura dell’ordinamento italiano a quello sovranazionale si rinviene nella notissima sentenza *Granital* dell’8 giugno 1984 nelle cui considerazioni la Corte riscontra che “le osservazioni fin qui svolte non implicano, tuttavia, che l’intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte. Questo Collegio ha, nella sent. n. 183 del 1973, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana nell’ipotesi contemplata, sia pure come improbabile, al numero 9 nella parte motiva di detta pronunzia”³².

L’insistenza con cui, inizialmente, la Corte pone dei paletti all’ingresso delle norme comunitarie nell’ordinamento interno va interpretata, non solo come rimedio al primato delle norme sovranazionali, ma anche come il tentativo di voler tutelare i diritti fondamentali dei cittadini nei confronti delle istituzioni comunitarie; diritti, come abbiamo detto, non adeguatamente garantiti a livello sovranazionale, perlomeno nella prima fase del processo di integrazione europea.

“La creazione di questa sorta di riserva di giurisdizione ha avuto sì come obiettivo quello di garantire l’invulnerabilità da parte del diritto comunitario del cuore della costituzione italiana, di quell’insieme di principi e diritti che rappresentano il nucleo intangibile della Carta costituzionale, ma anche, contestualmente, quello di esaltare il ruolo della Corte costituzionale come soggetto legittimato a difendere ad oltranza la Costituzione e i diritti dei singoli, in quanto organo di chiusura del sistema”³³.

Va detto, ma questo è ormai pacifico, che la teoria dei controlimiti ha avuto riflessi fondamentali sull’atteggiamento della Corte di Giustizia nei confronti della materia dei diritti, avendola sollecitata a prendere consapevolezza che il silenzio dei trattati istitutivi doveva in qualche modo essere forzato per evitare che l’integrazione comunitaria si arrestasse davanti al sindacato delle supreme corti nazionali.

A partire dagli anni ’70, infatti, la corte lussemburghese ha elaborato un autonomo sistema di principi e diritti fondamentali, ricostruiti sulla base dei Trattati, nonché dei diritti garantiti dalle norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti

³¹ Cfr. punto n.9 della motivazione della sent. 183/73 (nota come sent. *Frontini*), in *Giur. Cost.*, 1973, I, p. 2401.

³² Cfr. punto n.7 della motivazione della sent. 170/84, in *Giur. Cost.*, 1984, I, p. 1098.

³³ F. SALMONI, *La Corte Costituzionale, la Corte di giustizia CE e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte Costituzionale e le Corti d’Europa*, Torino, 2003, p. 306.

dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, "in quanto principi generali del diritto comunitario".

Nonostante l'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia a favore della tutela dei diritti fondamentali, la Corte Costituzionale torna ad utilizzare la dottrina dei controlimiti in altra assai nota sentenza del 1989, la n. 232³⁴.

Con tale sentenza la Corte ha risolto la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge 14 ottobre 1957, n. 1203 di esecuzione del Trattato di Roma, sollevata dal Tribunale di Venezia, nella parte in cui, nel recepire nell'ordinamento interno l'art. 177 del Trattato CE, conferiscono alla Corte di giustizia la facoltà di limitare nel tempo gli effetti delle pronunce pregiudiziali eliminando dagli effetti della dichiarazione di invalidità gli atti di esecuzione realizzati anteriormente alla pronuncia, anche se oggetto del medesimo quesito che ha portato a sollevare il rinvio pregiudiziale. Secondo il Tribunale di Venezia ciò comportava la violazione dell'art. 24 Cost., quale espressione di un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale quale quello di garantire in ogni occasione ad ogni cittadino adeguati strumenti di tutela giudiziaria.

Se nella sentenza *Frontini* il sindacato della Corte italiana sembrava incentrarsi non già sulle singole disposizioni dei trattati "ma sull'evolversi del sistema comunitario"³⁵ nel suo complesso, con la sentenza *Fragd*, esso si sposta sino a verificare "attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualche norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana".

Sebbene l'ipotesi che i diritti umani siano violati dalle norme o dalla giurisprudenza dell'ordinamento sia "improbabile"³⁶, "quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile: inoltre va tenuto conto che almeno in linea teorica generale non potrebbe affermarsi con certezza che tutti i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale si ritrovino fra i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri e quindi siano compresi nell'ordinamento comunitario"³⁷.

Come ha acutamente osservato M. Luciani a tal proposito, infatti, "occorre considerare che, nonostante tutti gli Stati membri delle Comunità facciano parte delle

³⁴ Sent. 21 aprile 1989, n. 232, (nota come sent. *Fragd*), in *Giur. Cost.* 1989, I, p. 1001.

³⁵ G. GAJA, *La sentenza della corte costituzionale n. 232 del 1989 e i "controlimiti" alle superiorità del diritto comunitario*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 1991, p. 82.

³⁶ Così come ha statuito la Corte nella sentenza *Frontini*.

³⁷ Cfr. punto n.3 della motivazione della sent. 232/89.

stessa *koïnè* democratico-pluralistica, l'individuazione dei principi costituzionali comuni è assai problematica e, comunque, non esclude che vi siano casi in cui le tradizioni costituzionali comuni non hanno avuto modo di formarsi. Casi, cioè, in cui il diritto comunitario finisce per andare in cortocircuito”³⁸.

La singolare pronuncia della Corte che, da un lato, evidenzia l'esistenza di un diritto inviolabile ad avvalersi degli effetti di una decisione pregiudiziale sulla validità degli atti comunitari ma, dall'altro, dichiara l'inammissibilità della questione per irrilevanza, è stata spiegata come “un intervento sul piano della persuasione e dell'indirizzo interpretativo”³⁹.

“Nel quadro dei complessivi rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario la sentenza n. 232 del 1989 si configura, quindi come una operazione dettata essenzialmente da una logica compromissoria”⁴⁰.

La Corte costituzionale vuole, da un lato, confermare la propria incondizionata capacità di esprimersi sul diritto comunitario, riaffermando concretamente il proprio potere di garantire i controlimiti all'ingresso del diritto comunitario ed inviando “un monito alla Corte di Giustizia al fine di indurla a salvaguardare comunque per il giudizio principale gli effetti di una pronuncia resa in tema di validità a titolo pregiudiziale”⁴¹, evitando, dall'altro di porsi in una posizione di evidente ostilità con il sistema giuridico e giudiziario comunitario.

1.2.1 (segue) la Corte Costituzionale tedesca

Come si evidenziava nel paragrafo introduttivo, di controlimiti non si è occupata solo la giurisprudenza costituzionale italiana ma anche quella tedesca.

“Come in una fuga a due voci”⁴², le due corti nazionali si sono fatte carico della

³⁸ Vedi M. LUCIANI, «La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea», in *Politica del diritto*, 1992, p. 574.

³⁹ Cfr. F. DONATI, *La motivazione nella sentenza 232 del 1989 ed il bilanciamento tra interessi nazionali ed interessi comunitari nel sindacato sui controlimiti*, in AA. VV. *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, (a cura di A. RUGGERI), Torino, 1994, p. 494 e ss.

⁴⁰ M. CARTABIA e A. CELOTTO, «La giustizia costituzionale in Italia dopo la carta di Nizza», in *Giur. Cost.*, 2002, p. 4498.

⁴¹ G. GAJA, *La sentenza della corte costituzionale n. 232 del 1989 e i “controlimiti” alle superiorità del diritto comunitario*, cit.

⁴² M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, op. cit. p. 23.

salvaguardia dei valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale nei confronti del diritto comunitario, con salde decisioni nell'affermazione dell'esistenza dei controlli ma orientate a mantenere sempre e comunque una qualche possibilità di interloquire con l'ordinamento comunitario e di coordinarsi con esso⁴³.

Con una prima sentenza del 1974, più nota come *Solange I*⁴⁴, il giudice costituzionale tedesco aveva affermato che avrebbe controllato il diritto comunitario “sino a che (*solange*) il processo di integrazione della Comunità non abbia raggiunto uno stadio sufficientemente avanzato perché il diritto comunitario comporti egualmente un vigente catalogo di diritti fondamentali, deliberato da un Parlamento e corrispondente al catalogo dei diritti fondamentali consacrati dalla Legge Fondamentale, [...] il rinvio al Tribunale Costituzionale Federale da parte di un organo giurisdizionale della Repubblica federale di Germania, [...] è ammissibile e si ritiene necessario, quando tale organo giurisdizionale ritenga la norma comunitaria di cui si tratta [...] inapplicabile per il fatto di essere in contrasto con uno dei diritti fondamentali consacrati nella L. F.”.

Si afferma, pertanto, il potere del giudice nazionale di non dare applicazione nell'ordinamento nazionale agli atti normativi statali attuativi e applicativi di norme comunitarie contrastanti con diritti fondamentali contenuti nel *Grundgesetz*.

Successivamente, con un'altra notissima sentenza, la c.d. *Solange II* del 22 ottobre 1986, ribadita nella sentenza c.d. *Maastricht* del 12 ottobre 1993⁴⁵, la Corte tedesca ha ritenuto di dover sospendere, rinunciandovi, il proprio sindacato sulle norme comunitarie in relazione ai diritti fondamentali.

“Fino a quando (*solange*) la Comunità europea e, in particolare, la giurisprudenza della Corte di giustizia garantiscono, in modo generale, una protezione efficace dei diritti fondamentali [...] che possa essere nella sua essenza dello stesso livello della protezione irrinunciabile dei diritti fondamentali assicurata dalla L.F. [...], il Tribunale costituzionale federale non eserciterà più la sua competenza relativamente alla

⁴³Cfr. M. CARTABIA e A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la carta di Nizza*, cit.

⁴⁴ *Bundesverfassungsgericht*, sent. 29 maggio 1974.

⁴⁵ Corte Costituzionale Tedesca, sentenza 12 ottobre 1993, in *Giur. Cost.* 1994, pp. 677 e ss. Nella sentenza sul Trattato di Maastricht, il Tribunale costituzionale aveva affermato, quanto alla tutela dei diritti fondamentali, di esercitare la propria giurisdizione sull'applicabilità del diritto comunitario derivato in Germania in una “relazione cooperativa” con la Corte di giustizia: in questa relazione cooperativa la Corte di giustizia garantisce la protezione dei diritti fondamentali in ogni singolo caso per l'intero ambito delle Comunità europee e il Tribunale costituzionale si può perciò limitare ad una garanzia generale degli *standards* irrinunciabili dei diritti fondamentali. La pronuncia della Corte di Karlsruhe va, inoltre, ricordata per l'importanza che essa ha rivestito all'interno della disputa costituzionale che si riavviò vivacemente dopo Maastricht. In quel caso, infatti, la Corte tedesca individuò la natura dell'Unione in un'associazione di Stati ognuno dei quali resta sovrano e che non costituisce, in ogni caso, uno Stato basato su una nazione europea.

applicazione del diritto comunitario derivato nei casi in cui lo stesso diritto fosse invocato davanti ai giudici tedeschi. I ricorsi, fondati sull'articolo 100 della Costituzione, saranno d'ora in poi inammissibili”.

Tra queste due pronunce non c'è, in fin dei conti, una radicale differenza giacché anche la sentenza *Solange II* lascia aperto uno spiraglio al controllo di legittimità costituzionale del diritto comunitario. Vale a dire che tutte le volte in cui la protezione assicurata ad un determinato diritto a livello comunitario non possa dirsi equivalente a quella garantita a livello interno, il Tribunale federale si riserva, comunque, il potere di prenderne atto e di procedere poi al relativo controllo; un controllo, in tal modo, che non è solo meramente procedurale ma anche di merito. “Con la conseguenza finale che, rispetto alla prima decisione, si ha, al più, una sorta di inversione dell'onere della prova in danno di chi vuole dimostrare l'illegittimità del diritto comunitario”⁴⁶.

Il più recente caso di utilizzazione della dottrina dei controlimiti da parte del Tribunale costituzionale tedesco è quello dell'ordinanza del 7 giugno 2000 sulla c.d. “guerra delle banane” secondo la quale il livello di tutela comunitaria dei diritti fondamentali non deve essere valutato – al fine di verificare se quella tutela sia equivalente alla garanzia dei medesimi diritti stabiliti dal *Grundgesetz*, secondo quanto indicato nella sentenza *Solange II* – con esclusivo riferimento al caso individuale dedotto in giudizio. Bisogna, invece, verificare, partendo ovviamente dalla fattispecie concreta, se la tutela sovranazionale garantisca uno standard che sia ‘in generale’ sostanzialmente equivalente a quello della Legge Fondamentale⁴⁷.

Secondo il Tribunale tedesco si tratta di stabilire e applicare i controlimiti fissati dalla giurisprudenza dello stesso Tribunale, di formalizzare e di concretizzare i parametri del giudizio di bilanciamento fra valore dell'apertura all'integrazione europea e diritti fondamentali. Per risolvere questo tipo di questioni, il Tribunale interpreta i propri precedenti giurisprudenziali e i precedenti della Corte di giustizia, concludendo che lo sviluppo complessivo della giurisprudenza della Corte di giustizia non sia tale da pregiudicare in alcun modo un'efficace protezione dei diritti fondamentali a livello europeo⁴⁸.

1.3 La più recente giurisprudenza sui controlimiti: le pronunce delle

⁴⁶ M. LUCIANI, «La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea», cit., p. 571.

⁴⁷ Cfr. S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 14.

⁴⁸ Cfr. G. ITZCOVICH, «L'integrazione europea tra principi e interessi. Il dialogo fra giudici tedeschi e Corte di giustizia nella “guerra delle banane”», cit. p. 385 ss.

Corti Costituzionali Francese e Spagnola

Come si è visto nei paragrafi precedenti, i rapporti fra la tutela dei diritti predisposti dalle Costituzioni nazionali - soprattutto quelle italiana e tedesca - e dalla Corte di giustizia, si sono caratterizzati per lo sforzo delle Corti degli Stati membri di evitare ogni pregiudizio alla supremazia della loro sfera di sovranità relativamente alla tutela dei diritti ritenuta un limite insuperabile da parte del diritto comunitario; il giudice comunitario preoccupandosi solo di assicurare una tutela in qualche modo aggiuntiva e strettamente legata agli atti delle istituzioni europee.

La redazione della Carta dei diritti di Nizza ed il suo inserimento nel Trattato costituzionale prima, le cui sorti sono ben note, e nel Trattato di Lisbona poi, hanno fatto temere ricadute notevoli sulla sovranità degli Stati membri e del loro potere giurisdizionale⁴⁹.

Il rispetto dei diritti codificati in un vero e proprio *Bill of Rights* europeo costituisce oggi una delle finalità generali dell'Unione. Una tutela, dunque, che acquista sistematicità coinvolgendo non solo l'attività del giudice comunitario, ma l'insieme dei poteri e delle istituzioni europee, con le inevitabili ricadute sugli ordinamenti nazionali e sui suoi rapporti con l'ordinamento sovranazionale.

I dubbi in merito alla possibile e necessaria revisione dei principi di coordinamento tra sistema statale e sistema comunitario sono stati oggetto di un approfondito esame da parte del *Conseil constitutionnel* francese⁵⁰ e del *Tribunal constitucional* spagnolo⁵¹ in due pronunce che hanno fatto di nuovo discutere di controlimiti.

La decisione n. 505 del 19 novembre 2004 è stata resa dal Consiglio costituzionale francese su azione del Presidente della Repubblica, nell'ambito del controllo di conformità costituzionale preventivo previsto dall'art. 54 della Costituzione. Detto controllo subordina la ratifica di impegni internazionali che presentino aspetti contrari alla Costituzione, all'esito di un controllo di conformità costituzionale da parte del Consiglio e dell'eventuale conclusione del processo di revisione costituzionale⁵².

⁴⁹ Al momento della redazione del presente testo, il Trattato di Lisbona, la cui entrata in vigore resta *sub iudice* sino al completamento dell'iter comunitario di ratifica, ha attribuito alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati.

⁵⁰ Decisione del 19 novembre 2004, n. 505.

⁵¹ Decisione del 13 dicembre 2004, n. 1.

⁵² Il giudice costituzionale francese, nel 1992 e poi 1997 aveva individuato la c.d. soglia di tollerabilità costituzionale consentita a un trattato internazionale, oltre la quale occorre procedere alla revisione: il Trattato, pertanto, non deve contrastare diritti e libertà tutelati dalla carta costituzionale e non deve pregiudicare l'esercizio della sovranità nazionale.

La prima parte della sentenza è di particolare interesse nella definizione dei rapporti attuali con l'ordinamento comunitario, soprattutto lì dove il Consiglio costituzionale chiarisce quali sono le norme del c.d. blocco di costituzionalità che come tali assurgono a norme-parametro di riferimento per verificare la compatibilità costituzionale del principio di *primauté* del diritto comunitario. Il giudice costituzionale francese allontana lo spettro della revisione costituzionale, "autorizzando" la ratifica del Trattato.

Come si diceva più sopra, i rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario sono stati oggetto di rivisitazione anche da parte del Tribunale costituzionale spagnolo con la Dichiarazione n. 1/2004 sulla ratifica del Trattato Costituzionale. Il Governo spagnolo, ai sensi dell'art. 95 Cost.⁵³, aveva chiesto al giudice costituzionale di verificare la presenza o meno, nel nuovo Trattato, di contrasti con la Costituzione spagnola. Nello specifico il governo evidenziava come fossero meritevoli di un'approfondita valutazione da parte del giudice costituzionale, sia l'art. I-6, che prevedeva il principio della *primauté* del diritto comunitario sul diritto interno, che gli artt. II-111 e II-112 che predisponavano una disciplina di regolazione dei rapporti, e degli eventuali conflitti, fra i diversi sistemi di tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso governativo chiedeva, altresì, al Tribunale di verificare che, alla luce della più ampia fase dell'integrazione avviata dal Trattato costituzionale, l'art. 93 della Cost., i.e. la clausola di apertura dell'ordinamento spagnolo all'ordinamento comunitario, risultasse idoneo a dar copertura costituzionale alle nuove disposizioni del Trattato.

Le due pronunce sono per molti versi assimilabili sia dal punto di vista dei percorsi logico-giuridici seguiti dalle due Corti che dei principi di diritto cui queste sono giunte.

Entrambe le corti ricostruiscono i rapporti tra ordinamenti prendendo le mosse dalle due norme costituzionali che fungono da clausole europee e cioè l'art. 88 della Cost. francese e l'art. 93 della Cost. spagnola; vale a dire le norme che hanno autorizzato l'ingresso del diritto comunitario nei rispettivi ordinamenti interni attraverso il meccanismo della cessione dell'esercizio di specifiche competenze. Le corti hanno sottolineato la scelta di adesione e la conseguente piena sovranità (nei limiti appena citati) dell'ordinamento interno rispetto a quello comunitario.

È il caso di rilevare che il *Conseil constitutionnel*⁵⁴ fa propria un'accezione della teoria

⁵³ L'art. 95 della Costituzione spagnola impone la revisione costituzionale nel caso di stipulazione di un trattato internazionale contrario alla Costituzione, contrarietà che deve essere rilevata dal Tribunale su richiesta del Governo o delle Camere,

⁵⁴ I limiti all'efficacia delle norme comunitarie nei termini descritti erano già stati tracciati in ben

dei controlimiti e delle riserve di sovranità, ‘allargata’ rispetto a quella utilizzata dalla Corte costituzionale italiana nelle decisioni più sopra ricordate, nel senso che il blocco all’ingresso della normativa comunitaria derivata scatta in ogni caso in cui quest’ultima risulta contraria a qualunque norma costituzionale (e non soltanto, quindi, ai principi fondamentali ed ai diritti inalienabili riconosciuti e garantiti dalla Costituzione italiana)⁵⁵.

Entrambe le pronunce finiscono per escludere la necessità della revisione costituzionale neutralizzando la portata espansiva e innovativa della codificazione del principio di prevalenza del diritto dell’Unione affermato dall’art. I-6 del Trattato costituzionale, attraverso l’enfaticizzazione dell’espressa previsione del rispetto, da parte dell’Unione, dell’identità nazionale degli Stati membri, di cui all’art. I-5.

Tale disposizione – la cui precedente assenza viene segnalata dal giudice spagnolo come la causa della formulazione di controlimiti e riserve da parte degli stati membri – attesta, pertanto, “la garanzia di esistenza degli Stati membri e delle loro fondamentali strutture, così come dei valori, dei principi e dei diritti fondamentali che sono a essi propri, che in nessun caso potranno essere trasfigurati, fino a essere resi irriconoscibili in conseguenza della cessione dell’esercizio di competenze all’organizzazione sovranazionale”⁵⁶.

Anche con riferimento alla valutazione della compatibilità costituzionale delle norme della Carta dei diritti dell’Unione Europea, inserita nel Trattato costituzionale, i giudici francese e spagnolo non giungono a conclusioni dissimili nell’escluderne l’incompatibilità con la tutela che ai diritti è assicurata a livello interno attraverso un gioco di rinvii sia alle disposizioni costituzionali che alla CEDU.

Il Tribunale costituzionale spagnolo, dopo aver richiamato l’art. 10, comma 2 della Costituzione per il quale “le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce si dovranno interpretare secondo la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo e i trattati ed accordi internazionali che in materia abbia ratificato

altre quattro pronunce del Consiglio costituzionale di poco precedenti la decisione n. 505 del 2004: si tratta delle pronunce nn. 496, 497, 498 e 499 del 2004, tutte relative a leggi di recepimento di direttive comunitarie. Secondo tali decisioni: “*La République participe aux Communautés européennes et à l’Union européenne, constituées d’États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d’exercer en commun certaines de leur compétences; qu’ainsi, la transposition en droit interne d’une directive communautaire résulte d’une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu’en raison d’une disposition expresse contraire de la Constitution; qu’en l’absence d’une telle disposition, il n’appartient qu’au juge communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l’article 6 du traité sur l’Union européenne*”.

⁵⁵ Cfr. in questo senso, S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., p. 88.

⁵⁶ Parte II, par. 3 della decisione del Tribunale costituzionale spagnolo, 13 dicembre 2004.

la Spagna”, conclude nel senso di considerare la Carta incorporata nel trattato come strumento ermeneutico della Costituzione, in grado di condizionare la definizione del contenuto dei singoli diritti in essa tutelati, e non già come strumento di tutela alternativo o sostitutivo. La Carta viene, pertanto interpretata non come un atto che pretenda di “imporsi alle Costituzioni nazionali, ma che al contrario proprio dai valori e dai diritti in esse contenuti trova alimento”⁵⁷.

Il Consiglio francese si è posto, inoltre, il problema della compatibilità di taluni articoli della Carta di Nizza che, senza una adeguata interpretazione, per così dire, costituzionalmente orientata, potevano porsi in contrasto con le peculiari tradizioni costituzionali francesi. Si tratta, nello specifico, degli artt. I-2 (insieme all’art. II-82) e II-70 i quali rispettivamente prevedono che l’Unione rispetta i “diritti delle persone appartenenti ad una minoranza” e la “diversità culturale, religiosa e linguistica” (II-82) e riconosce “il diritto di ciascuno, individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, di manifestare le proprie convinzioni religiose”.

Orbene, con riguardo alla prima delle due disposizioni sopra citate, il giudice francese si pone il problema della loro compatibilità con i prime tre articoli della Costituzione in cui è trasfusa la peculiare concezione dell’unitarietà del popolo francese. Utilizzando lo strumento ermeneutico delle ‘tradizioni costituzionali comuni’ come strumento cardine per interpretare le disposizioni della Carta, il *Conseil* afferma che le norme di cui sopra non possono essere intese come volte al riconoscimento di diritti collettivi ai gruppi di minoranza, proprio perché tale interpretazione si fonda su una consolidata ed indiscussa tradizione costituzionale francese.

L’art. II-70 del Trattato si poneva, invece, in contrasto con l’art. 1 della Costituzione francese secondo il quale “La Francia è una Repubblica laica”.

Il Consiglio costituzionale ribadisce l’intangibilità di tale principio “attraverso la mediazione interpretativa dell’art. 9 della CEDU e dei limiti all’esercizio della libertà di coscienza da esso contemplati in nome della protezione dell’ordine pubblico e della pubblica sicurezza dello Stato parte”⁵⁸.

Le decisioni del *Conseil constitutionnel* e del Tribunale spagnolo costituiscono un chiaro esempio di quella sorta di “seconda generazione delle giurisprudenze sui controlimiti finalizzata a riconoscere un ruolo attivo, e non più solo difensivo, delle

⁵⁷ Cfr. P. CARETTI, «Il Tribunal constitucional e il Conseil constitutionnel sulla Costituzione per l’Europa», in *Diritto Pubblico comparato ed europeo*, 2005, p 416 e ss.

⁵⁸ F. ANGELINI, *Il Trattato che adotta una costituzione per l’Europa alla prova delle corti costituzionali nazionali. Le pronunce del Consiglio costituzionale francese e del Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2005, 193.

singole identità nazionali”⁵⁹ nel processo di armonizzazione delle tutele all’interno di un sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali, pur sempre nella direzione, per dirla con Paolo Barile, di un “cammino comunitario”.

1.3.1 (segue) la pronuncia del Consiglio di Stato sul caso Federfarma.

Come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, la teoria dei controlimiti è stata, dopo la sua elaborazione, richiamata dalla nostra e da altre Corti costituzionali degli Stati membri, in diverse occasioni. In nessun caso, però, lo strumento del controlimiti alla limitazione di sovranità accettata dagli stati con la ratifica dei trattati istitutivi, è stato mai concretamente utilizzato al fine di ottenere la disapplicazione della norma comunitaria attraverso la pronuncia di incostituzionalità della legge di ratifica dei medesimi trattati, (per come prevede la formulazione italiana della teoria in questione).

Ma, per utilizzare l’espressione della sentenza *Fragd*, quello che appare “sommamente improbabile è pur sempre possibile” e la dottrina dei controlimiti è stata per la prima volta non solo meramente richiamata ma addirittura utilizzata (sebbene parzialmente)⁶⁰ per ‘bloccare’ l’entrata nel nostro ordinamento del diritto comunitario; è quanto si verificato con la sentenza del Consiglio di Stato n. 4207 dell’8 agosto 2005, meglio nota come sent. *Federfarma*.

La pronuncia trae origine dalla vicenda relativa alla cessione a privati del servizio di gestione delle farmacie comunali del Comune di Milano ed in particolare ha ad oggetto la sequenza procedimentale con la quale il Comune di Milano era pervenuto all’affidamento del servizio di gestione delle farmacie comunali ad una società di capitali attiva nel settore della produzione e distribuzione di farmaci.

Il T.A.R. Lombardia, sezione di Milano, adito da Federfarma ed altri, era pervenuto all’annullamento del bando di gara nella parte in cui consentiva la partecipazione della società poi assegnataria del pacchetto azionario. La pronuncia faceva seguito all’intervento, nella materia *de qua*, della Corte costituzionale, che, su ordinanza di

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Come si vedrà meglio *infra*, il Consiglio di Stato non giunge, infatti, a sollevare, come avrebbe dovuto, la questione incidentale di legittimità costituzionale della legge di esecuzione del Trattato CE per la parte in cui consente l’applicazione nell’ordinamento italiano di norme che determinano la violazione di un diritto fondamentale tutelato dalla Costituzione.

rimessione dello stesso T.A.R. Lombardia, sollevata nel corso del medesimo giudizio, pronunciava la sentenza n. 275/2002. Con questa pronuncia additiva la Corte dichiarava incostituzionale l'art. 8, 1° comma, lett. a) della legge n. 362 del 1991, per contrasto con gli artt. 3 e 32 della Costituzione⁶¹.

In sede di appello, la società estromessa dalla gara denunciava il contrasto della norma modificata dalla Corte costituzionale con il diritto comunitario, ed in particolare, con i principi desumibili dagli artt. 12, 43 e 56 del Trattato di Roma, relativi rispettivamente al divieto di discriminazione in base alla nazionalità, alla libertà di stabilimento, ed infine alla libera circolazione dei capitali; di conseguenza, veniva richiesta la rimessione degli atti alla Corte di Giustizia della Comunità europea con contestuale sollevazione di questione pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'art. 234 TCE, in alternativa alla disapplicazione della normativa nazionale contrastante con il diritto comunitario. Il Consiglio di Stato rigettava l'appello principale, negava che nel caso di specie la norma interna dovesse essere disapplicata per contrasto con il diritto comunitario e non riteneva di dover avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, ai sensi dell'art. 234 TCE.

Tralasciando in questa sede gli altri profili della sentenza del Consiglio di Stato che hanno destato non poche perplessità tra i molti commentatori⁶², l'aspetto che più ci

⁶¹ La Corte dichiara l'incostituzionalità della suddetta norma nella parte in cui non estende ai partecipanti a società titolari del servizio di gestione delle farmacie comunali il regime di incompatibilità - previsto dalla stessa norma per i partecipanti alle società di persone, o cooperative a responsabilità limitata, titolari di farmacie private - consistente nel divieto di gestione di farmacie per le società attive nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione, ed informazione scientifica del farmaco. Nelle argomentazioni della Corte, in particolare, la *ratio* dell'art. 8, 1° comma, lett. a) della legge n. 362/1991 veniva individuata nell'esigenza di “*salvaguardare l'interesse del pubblico al corretto svolgimento del servizio farmaceutico, ed in ultima analisi alla salvaguardia del bene salute*”; pertanto - anche in conseguenza di una puntuale disamina della legislazione relativa al regime delle incompatibilità per il singolo farmacista privato - la Corte riconosce che “*la mancata previsione per le farmacie comunali di un tale tipo di incompatibilità appare del tutto irragionevole, specie ove si consideri che il divieto in questione è stato posto dal legislatore proprio al fine di evitare eventuali conflitti di interesse, che possano ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del servizio farmaceutico, e, quindi, sul diritto alla salute*”.

⁶² Tra i molti si vedano: C. DI SERI, «Un tentativo di applicazione dei controlimiti», in *Giur. Cost.*, 2005, p. 3408; S. GAMBINO, «La Carta e le Corti Costituzionali, “Controlimiti” e “protezione equivalente”», in *Politica del diritto*, 2006, p. 437; G. ITZCOVICH, «I diritti fondamentali come “libertà dello Stato”. Sovranità dello Stato e sovranità dei diritti nel caso Federfarma», in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 267 e ss.; A. ADINOLFI, «Rapporti fra norme comunitarie e norme interne integrate da sentenze additive della Corte costituzionale: un orientamento “sperimentale” del Consiglio di Stato», in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 139; A. BARONE, «A proposito della sentenza *Federfarma*: fra tutela comunitaria e tutela costituzionale dei diritti fondamentali il Consiglio di Stato smarrisce la retta via?», in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1, 2006, p. 201 e ss.; A. SCHILLACI, «Un (discutibile) caso di applicazione dei controlimiti», in *Giurisprudenza Italiana*, 2006, p. 2026 e ss.; S. VALAGUZZA, «La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: la primauté del diritto nazionale», in *Diritto processuale amministrativo*, 2006, p. 816 e ss.

interessa è quello relativo all'utilizzo della teoria dei controlimiti.

“Ritiene il Collegio che la matrice costituzionale della norma in questione assuma rilievo decisivo per il problema, che qui si pone, del dovere del giudice procedente di investire la Corte di Giustizia. Va richiamata la giurisprudenza citata sopra sub 3.2 a proposito della competenza in materia di salvaguardia dei diritti fondamentali cui la Corte costituzionale non ha mai inteso rinunciare neppure a fronte delle limitazioni di sovranità decise dallo Stato con la ratifica del Trattato in applicazione dell'art. 11 Cost. La posizione della Corte italiana sul punto ha determinato l'elaborazione, da parte della dottrina costituzionalistica, della teoria c.d. dei 'controlimiti' che rappresenta il naturale svolgimento del modo di intendere il diritto comunitario nel suo rapporto con l'ordinamento interno.”⁶³

In questo contesto il Collegio colloca la sentenza della Corte costituzionale evidenziando ancora come alla luce dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno si sia “pervenuti ad una sorta di armonia tra diversi, secondo la felice definizione di un illustre giurista, che ha avuto il pregio di garantire la conservazione del nostro ordinamento e con esso della sovranità statale, che, lungi dall'essere assorbita all'interno di una sovranità superiore, risulta essere soltanto limitata, ai sensi dell'art. 11 Cost. In tal modo è stato, ed è, concepibile conservare uno spazio giuridico statale del tutto sottratto all'influenza del diritto comunitario, uno spazio nel quale lo Stato continua ad essere interamente sovrano, vale a dire indipendente, e perciò libero di disporre delle proprie fonti normative. È appunto l'area dei diritti fondamentali, la cui tutela funge da insopprimibile 'controlimite' alle limitazioni spontaneamente accettate con il Trattato”⁶⁴.

È abbastanza evidente che la pronuncia del Consiglio di Stato si pone non solo in contrasto con alcuni dei principi ormai pacifici posti alla base dei rapporti tra ordinamento interno ed europeo ma anche in posizione di forte chiusura nei confronti dell'ordinamento sovranazionale nella parte in cui “non instaura per il tramite del rinvio pregiudiziale quel dialogo costituzionale con la Corte di Giustizia altrettanto

⁶³ V. punto 3.4 della motivazione nel quale poco dopo il Consiglio di Stato “*ritiene non consentito che il giudice nazionale, in presenza di una statuizione della Corte costituzionale che lo vincola alla applicazione della norma appositamente modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale, possa prospettare alla Corte del Lussemburgo un quesito pregiudiziale della cui soluzione non potrà comunque tenere conto, perché assorbita dalla decisione della Corte italiana, incidente nell'area della tutela dei diritti ad essa riservata*”.

⁶⁴ Il Consiglio di Stato conclude, nell'ultimo capoverso della motivazione, sostenendo che “ogni soluzione di segno diverso è esclusa dall'affermazione di sfiducia negli strumenti comunitari di tutela dei diritti fondamentali, non ignorati dal Collegio, e tuttavia definite manifestazioni di valenza quasi sperimentale della aspirazione ad una unione più stretta tra i Paesi membri, che però allo stato non hanno assunto significato giuridico vincolante, tale da determinare il superamento delle sovranità nazionali e delle loro prerogative costituzionali”.

indispensabile al fine di rendere effettivo il meccanismo della garanzia multilivello”⁶⁵. Espressione di quel ‘rigurgito nazionale’⁶⁶ nei confronti del processo di integrazione europeo, seguito alla mancata ratifica del Trattato costituzionale.

La teoria dei controlimiti non opera più come strumento di esortazione verso una più attenta e puntuale tutela dei diritti fondamentali da parte del sistema sovranazionale attraverso il richiamo alla protezione del sistema nazionale, ponendosi, invece, solo come ‘paladina’ ultima della sovranità nazionale e della capacità statale di garantire i diritti inviolabili della persona. I diritti fondamentali come spazi di libertà ‘dello Stato’ e non più ‘dallo Stato’ o ‘nello Stato’, come ha osservato taluno dei commentatori⁶⁷.

Il controlimite alla limitazione di sovranità nasce pur sempre da un incontro tra due visioni del mondo, tra principi giuridici, costituzionali, ordinamentali ‘fondamentali’ che non trovano un momento di raccordo e di equilibrio; nasce dal confronto e dal dialogo seppure abbia una vocazione a farlo tacere nella sua estrinsecazione ed applicazione più rigorosa. Proprio quest’ultima è quella che mi pare sia stata fatta propria dal Consiglio di Stato che ha ritenuto di non dover ‘dialogare’ sul punto né con la Corte di Giustizia né con la Corte Costituzionale.

1.4 Alcune pronunce della Corte di Giustizia: i controlimiti “al contrario”?

Come si è già ricordato, nei trattati istitutivi della Comunità non si prevedeva nulla quanto al rispetto dei diritti fondamentali. Le libertà individuali espressamente garantite erano solo quelle strumentali all’attuazione degli scopi del Trattato con particolare riferimento, pertanto, alla realizzazione delle quattro libertà del mercato: libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali.

Se in una prima fase la Corte di Lussemburgo assunse un atteggiamento negativo circa la sussistenza di un sistema di protezione dei diritti fondamentali a livello comunitario, in seguito, anche per reazione alla teoria dei controlimiti e delle ‘riserve di sovranità’ esplicitate, come abbiamo visto, da più di una Corte nazionale, essa

⁶⁵ C. DI SERI, «Un tentativo di applicazione dei controlimiti», in *Giur. Cost.*, 2005, p. 3408.

⁶⁶ S. GAMBINO, «La Carta e le Corti Costituzionali, ‘Controlimiti’ e ‘protezione equivalente’», in *Politica del diritto*, 2006, p. 437.

⁶⁷ G. ITZCOVICH, «I diritti fondamentali come ‘libertà dello Stato’. Sovranità dello Stato e sovranità dei diritti nel caso *Federfarma*», in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 267 ss.

comincia a considerare i diritti fondamentali come oggetto della propria competenza in quanto principi generali del diritto comunitario di cui deve, pertanto, garantire la protezione.

Non essendo questa la sede per tracciare il percorso giurisprudenziale che ha portato all'affermazione in via pretoria del catalogo di diritti fondamentali garantiti a livello comunitario si farà solo un breve cenno alle pronunce storiche in materia per arrivare a due sentenze che, nel garantire la tutela di determinati diritti, sono giunte a riconoscere la necessità di una limitazione nell'applicazione di taluni principi dell'ordinamento comunitario.

Una sorta di applicazione della teoria dei controlimiti "al contrario" dove il sistema di tutela dei diritti all'interno del quale opera l'organo giurisdizionale 'si fa limitare' dal riconoscimento di diritti inviolabili che non possono più arretrare nemmeno dinanzi a libertà fondamentali garantite dai Trattati istitutivi.

All'inizio degli anni '70, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, alle costituzioni nazionali, ai trattati internazionali ed in particolare alla CEDU, la Corte comincia ad elaborare un vero e proprio sistema 'comunitario' di tutela dei diritti.

Con la sentenza 12 novembre 1969, nota come sent. *Stauder*⁶⁸, la Corte afferma che "i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza".

In una sentenza⁶⁹ dell'anno successivo, la Corte esplicita la sua posizione e la delimita. Riafferma che "la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la corte di giustizia garantisce l'osservanza" evidenziando, altresì, che "la salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della comunità".

La decisione della Corte di riferirsi alle tradizioni costituzionali si spiega sia con la volontà della stessa di evitare contrasti con le Corti costituzionali interne, sia per affermare, in maniera definitiva, il primato del diritto comunitario sul diritto nazionale.

⁶⁸ Sentenza 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder c. Stadt Ulm*, in *Racc.*, 1969, p. 419.

⁶⁹ Sentenza 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.*, 1970, p. 1125. La Corte dichiara che la violazione dei diritti fondamentali può essere valutata solo con riguardo al diritto comunitario essendo essi stessi parte integrante dei principi generali del diritto di cui essa garantisce l'osservanza e che la loro protezione deve prendere le mosse dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dai trattati internazionali in materia di diritti umani ratificati dagli Stati membri.

In seguito la Corte di Giustizia inizia a riferirsi anche ad atti di carattere internazionale come fonte di ispirazione dei diritti che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario: nel *caso Nold*⁷⁰ il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni è completato da un rinvio ai testi internazionali relativi ai diritti dell'uomo cui gli Stati membri aderiscono: nel 1975 essa si rifarà direttamente alla CEDU⁷¹.

Nella giurisprudenza successiva il riferimento al testo della convenzione europea dei diritti dell'uomo svolge un ruolo sempre più rilevante fino agli anni più recenti in cui si assiste ad un'influenza chiara sulla Corte di Giustizia non solo del testo della CEDU ma anche della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, suo interprete e garante. La Corte ha, inoltre, precisato nel caso *Hauer*⁷² del 1979 che “nel garantire la tutela di tali diritti, essa è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni di tali Stati; i trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario”.

In molti casi si è detto che la Corte di Giustizia, nell'ottica di tutelare esclusivamente le libertà economiche riconosciute dai trattati, abbia pregiudicato o rallentato una più effettiva tutela dei diritti fondamentali. Nel caso *Grogan* la problematica dell'aborto e dei diritti spettanti alla madre ed al nascituro, è stata esaminata dalla Corte solo in relazione al principio di libertà di prestazione dei servizi delle strutture che praticano l'interruzione della gravidanza⁷³.

Nel caso *Jani*, il problema della prostituzione è stato analizzato dal punto di vista della prestazione lavorativa, senza riferimenti al problema dei diritti e della dignità della persona⁷⁴. M. Luciani constatava nei propri scritti che la Corte di giustizia “deve pronunciarsi in base ai parametri che il diritto comunitario vigente offre, e tra quei parametri la dignità della persona è assente”⁷⁵.

⁷⁰ Sentenza 14 maggio 1974, C-4/73, *Nold c. Commissione*, in *Racc.*, 1974, p. 491.

⁷¹ Si tratta del caso *Rutili* del 1975 nel quale la Corte di Giustizia attribuisce alla Convenzione una particolare rilevanza che, nelle successive decisioni, si affermerà con la circostanza che i diritti CEDU saranno richiamati dalla CGCE insieme alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

⁷² Sentenza 13 dicembre 1979, C-44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, in *Racc.*, 1979, p. 3727.

⁷³ Sentenza, 4 ottobre 1991, C-59/90, *Grogan*, in *Racc.*, 1991, I-4685.

⁷⁴ Sentenza CGCE, 20 novembre 2001, C-268/99, *Jani e altri*, in *Racc.*, 2001, I- 8615.

⁷⁵ Per tale orientamento, cfr. M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quaderni Costituzionali*, 2002, p. 398 ss.

Tale parametro, oggi, alla luce dei principi contenuti nella Carta di Nizza esiste eccome. La Carta dei diritti è stata, come è noto, pubblicata e proclamata nel 2000 e nuovamente proclamata il 12 dicembre 2007⁷⁶. Il Trattato di Lisbona⁷⁷, infatti, lungi dall'incorporare la Carta, ha attribuito ad essa "lo stesso valore giuridico dei Trattati" con l'ulteriore precisazione che "le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati"⁷⁸. 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".

Ciò ha comportato anziché un ridimensionamento del ruolo della Corte di Giustizia - sulla base di un principio tradizionale per il quale la codificazione e la scrittura dei diritti riduce il potere dei giudici - un modo per liberare quelle che sono state definite "le energie costituzionali"⁷⁹ della stessa.

Chiari esempi dell'abbandono della prospettiva esclusivamente economicistica nella quale si è mossa la giurisprudenza lussemburghese, sono talune recenti pronunce che, come più sopra si è detto, possono essere considerate dimostrazioni delle capacità costituzionali della Corte di giustizia e della tendenza all'armonizzazione dei valori propria dei sistemi *multilevel* di protezione dei diritti, dove il limite non giustifica più la tutela dell'ordinamento di appartenenza ma un sistema più ampio e integrato (se non vogliamo dire "omologato").

⁷⁶Cfr. E. PACIOTTI, «La seconda 'proclamazione' della Carta dei diritti e il Trattato di riforma», in www.europeanrights.eu: "la nuova cerimonia è stata resa necessaria da due circostanze, che non meritano particolari apprezzamenti, ma suscitano semmai qualche (peraltro contenuto) disappunto, cioè il fatto che la Carta di Nizza è stata nel frattempo integrata con nuove clausole (da un punto di vista formale non è dunque la "Carta di Nizza" che entra nei Trattati, ma una sua versione aggiornata e un pochino peggiorata) e il fatto che la Carta non solo non entra formalmente a far parte del testo dei Trattati ma non viene neppure allegata ad essi, sicché c'è bisogno di un testo autonomo da pubblicare sulla Gazzetta ufficiale, perché ad esso si possa fare riferimento.".

⁷⁷ Il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, non è ancora entrato in vigore per il mancato completamento dell'iter di ratifica previsto dai Trattati istitutivi.

⁷⁸ L'incidenza della Carta è attenuata rispetto a Polonia e Regno Unito firmatari di un Protocollo nel quale è presente una clausola c.d. di *opting out* secondo cui la Carta non è '*justiciable*' davanti alla Corte di giustizia, né ai giudici nazionali di tali Stati i quali non potranno quindi "ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa" di tali Stati "non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali" riaffermati dalla Carta. Si stabilisce, altresì, che nulla di quanto contenuto nel Titolo IV della Carta, relativo alla solidarietà, "crea diritti azionabili dinanzi ad un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno"

⁷⁹ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, op. cit. p. 37.

1.4.1 I casi *Omega* e *Schmidberger*

La sentenza resa dalla Corte di giustizia nel caso *Schmidberger*, è di estremo interesse perché essa è sì un nuovo esempio dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali ma soprattutto perché in tale pronuncia il giudice comunitario ha affrontato, e mai lo aveva fatto prima d'ora, "il problema della necessaria conciliazione tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali nella Comunità con quelle derivanti da una libertà fondamentale sancita dal Trattato"⁸⁰.

Il rinvio pregiudiziale sollevato innanzi alla Corte di giustizia conseguiva ad una controversia che contrapponeva un'impresa tedesca di trasporti internazionali, la *Schmidberger*, alle autorità austriache, 'colpevoli' di aver autorizzato una manifestazione dell'associazione ambientalista Transitforum Austria Tirolo sull'autostrada del Brennero rimasta chiusa al traffico, per tale ragione, per oltre trenta ore. L'impresa tedesca chiedeva, pertanto, alle autorità austriache il risarcimento dei danni subiti in quanto cinque dei suoi automezzi erano rimasti bloccati sul predetto tratto di strada dove si svolgeva la manifestazione. La Corte lussemburghese si trovava, quindi, a dover valutare e conseguentemente bilanciare due fondamentali diritti riconosciuti e tutelati a livello comunitario e cioè la libertà di circolazione delle merci da un lato e la libertà di espressione e di riunione dall'altro.

Dato per assodato che "la libera circolazione delle merci costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità" ed accertato che "il fatto che le autorità competenti di uno Stato membro non abbiano vietato una manifestazione che ha comportato il blocco totale, per quasi 30 ore ininterrotte, di una via di comunicazione importante, quale l'autostrada del Brennero, è tale da limitare il commercio intracomunitario delle merci e deve pertanto essere considerato una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative, incompatibile in linea di principio con gli obblighi del diritto comunitario risultanti dagli artt. 30 e 34 del Trattato, letti in combinato disposto con l'art. 5 dello stesso", la Corte si chiede se "tale mancato divieto possa risultare obiettivamente giustificato".

La Corte di Giustizia, dopo aver constatato la contrarietà al diritto comunitario del mancato divieto della manifestazione, procede a verificare se sia possibile giustificare tale ostacolo agli scambi intracomunitari alla luce degli obiettivi perseguiti dalle autorità austriache al momento della concessione dell'autorizzazione, per come sopra

⁸⁰ CGCE, 12 giugno 2003, C-112/00, *Eugen Schmidberger Internationale Transport Planzüge contro la Repubblica*, in *Racc.*, 2003, I-5659.

individuati, i.e. la tutela della libertà di riunione e di espressione. Il problema dei rapporti tra le libertà fondamentali riconosciute dal Trattato ed i diritti fondamentali, quali individuati dalla Corte di giustizia ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed alle indicazioni contenute nei trattati internazionali conclusi in materia di tutela dei diritti fondamentali, si pone in maniera nuova e diversa rispetto al passato tanto che la Corte di giustizia non usa, per giustificare la restrizioni alla libertà di circolazione, l'analisi dei tradizionali motivi di giustificazione, come l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza⁸¹ ma, come si diceva, il bilanciamento tra gli interessi in esame al fine di verificare se le autorità austriache avessero trovato il giusto equilibrio tra di essi.

La Corte precisa che, in ragione del consolidamento del sistema di tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario, la loro tutela, giustifica una limitazione degli obblighi imposti dal Trattato, anche di quelli derivanti da una libertà fondamentale sancita dal Trattato stesso quale la libera circolazione delle merci.

La Corte osserva, altresì, che così come la libera circolazione delle merci può subire restrizioni, se ricorrono le ragioni di cui all'art. 30 o i motivi imperativi d'interesse generale individuati dalla sentenza *Cassis de Dijon*, anche i diritti fondamentali, ed in particolare i diritti alla libertà di espressione e di riunione, possono essere limitati se tali limitazioni sono giustificate da obiettivi d'interesse generale e non costituiscano [...] un intervento sproporzionato ed inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati⁸².

Ciò premesso, la Corte esprime la necessità di compiere “un bilanciamento degli interessi” in gioco per poter determinare, “con riferimento a tutte le circostanze di ciascuna fattispecie”, se le autorità austriache abbiano osservato un giusto equilibrio tra tali interessi nell'ambito, peraltro, dell'ampio potere discrezionale di cui godono gli Stati membri nell'esercizio di tale attività di contemperamento di interessi confliggenti.

La Corte conclude rilevando come, nel caso di specie, “un eventuale divieto della manifestazione da parte delle autorità nazionali competenti avrebbe prodotto una inaccettabile interferenza nei diritti fondamentali dei manifestanti di riunirsi e di esprimere pacificamente la loro opinione in pubblico”.

⁸¹ I motivi, cioè, di cui all'art. 30 TCE: moralità pubblica, ordine pubblico, pubblica sicurezza, tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o della preservazione dei vegetali, protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o tutela della proprietà industriale e commerciale.

⁸² CGCE, 12 giugno 2003, C-112/00, *Eugen Schmidberger Internationale Transport Planzüge contro la Repubblica*, in *Racc.*, 2003, cit., I-5659.

La tutela di un diritto individuale come la libertà di espressione giustifica, quindi, una restrizione agli obblighi imposti dal diritto comunitario anche se di carattere fondamentale come quelli relativi alla libera circolazione delle merci.

Tale principio è stato con forza riaffermato dalla Corte di Giustizia nel caso *Omega*: “la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato”⁸³ quale, nei casi di specie, la libera prestazione dei servizi.

La controversia posta alla base del rinvio pregiudiziale formulato alla Corte lussemburghese dal giudice nazionale, era la seguente.

L’Omega, una società di diritto tedesco, gestiva a Bonn un locale denominato ‘laserdromo’, normalmente destinato alla pratica del ‘laser-sport’. L’attrezzatura utilizzata dall’Omega, comprendente apparecchi di puntamento a raggi laser simili ad armi da fuoco nonché sensori riceventi installati nelle piattaforme di tiro era fornita, giusto contratto di franchising, dalla Pulsar International Ltd, società con sede nel Regno Unito.

Le autorità amministrative tedesche avevano osservato che il gioco praticato nel ‘laserdromo’ prevedeva anche che si colpissero sensori fissati sui giubbotti indossati dai giocatori, ragion per cui essa emanava nei confronti dell’Omega un provvedimento con il quale le veniva fatto divieto “di rendere possibile o di tollerare nel suo [...] impianto giochi che hanno come oggetto quello di colpire deliberatamente uomini mediante raggi laser o altri strumenti tecnici (come, ad esempio, raggi infrarossi) nonché il cosiddetto ‘omicidio simulato’ sulla base della registrazione dei colpi mandati a segno”.

Tale provvedimento veniva adottato in conformità della legge sulla polizia amministrativa del Land Renania del Nord-Vestfalia secondo la quale “Le autorità di polizia possono adottare le misure necessarie per prevenire in casi particolari un pericolo che possa minacciare la pubblica sicurezza o l’ordine pubblico”. Secondo il provvedimento di divieto, infatti, i giochi che si svolgevano nei locali gestiti dall’Omega costituivano un pericolo per l’ordine pubblico, dato che gli atti di omicidio simulato e la gratuità della violenza che ne conseguiva violavano i valori etici fondamentali riconosciuti dalla collettività.

Il reclamo depositato dall’Omega contro tale provvedimento veniva respinto così come le successive impugnazioni in sede giurisdizionale. In sede di ricorso per Cassazione la società evidenziava, tra l’altro, a sostegno delle proprie ragioni, come il

⁸³ CGCE, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielballen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in *Racc.* 2004, I-5659.

provvedimento controverso costituisse una minaccia per il diritto comunitario ed in particolare per la libertà di prestazione di servizi sancita all'art. 49 CE, dato che le attrezzature e gli strumenti tecnici utilizzati venivano forniti dalla società britannica Pulsar.

Nell'ambito di tale giudizio il *Bundesverwaltungsgericht* si chiede, quindi, se il mantenimento del provvedimento di diniego allo svolgimento dell'attività della società Omega, pur corretto alla luce del diritto nazionale e della precipua tutela che la dignità umana riceve all'interno dell'ordinamento costituzionale tedesco, dovesse considerarsi compatibile con il diritto comunitario ed in particolare con gli artt. 49-55 CE sulla libera prestazione dei servizi e gli artt. 28-30 CE sulla libera circolazione delle merci.

Secondo il giudice del rinvio lo sfruttamento commerciale di un "gioco d'omicidio" costituiva una violazione della dignità umana, nozione stabilita all'art. 1, n. 1, prima frase, della Costituzione tedesca. Il giudice del rinvio si chiedeva, altresì, se, alla luce della sentenza 24 marzo 1994, causa C-275/92, Schindler, la facoltà degli Stati di limitare le libertà fondamentali (in questo caso di libera circolazione dei beni e di prestazione dei servizi) fosse subordinata alla condizione che tale restrizione si basasse su di "una concezione del diritto comune a tutti gli Stati" sebbene, in pronunce successive, la Corte non si fosse più così rigidamente attenuta ad una nozione comune del diritto al fine di limitare la libera prestazione dei servizi.

Nel dubbio, la Corte decide di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia la seguente questione pregiudiziale: "Se sia compatibile con le disposizioni del Trattato che istituisce la Comunità economica europea relative alla libera prestazione dei servizi e alla libera circolazione delle merci il fatto che una determinata attività commerciale — nella specie la gestione di un cosiddetto 'laserdromo', dove vengono simulati omicidi — debba essere vietata ai sensi della normativa nazionale perché viola valori fondamentali costituzionalmente sanciti".

La Corte di giustizia conclude il proprio ragionamento affermando che "il diritto comunitario non osta a che un'attività economica consistente nello sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi sia vietata da un provvedimento nazionale adottato per motivi di salvaguardia dell'ordine pubblico perché tale attività viola la dignità umana". Anche in questo caso la pronuncia della Corte consegue al previo accertamento che il provvedimento inibitorio "non ha ecceduto quanto necessario per conseguire l'obiettivo perseguito dalle autorità nazionali competenti" ed all'affermazione che "l'ordinamento giuridico comunitario è diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana, quale principio generale del diritto. Non vi sono dunque dubbi che l'obiettivo di tutelare la dignità umana è compatibile con

il diritto comunitario, non essendo rilevante a tale proposito che, in Germania, il principio del rispetto della dignità umana goda di uno *status* particolare in quanto diritto fondamentale autonomo⁸⁴.

La dignità - diritto fondamentale esplicitamente riconosciuto dalla Costituzione di uno Stato membro - transita così dal piano del singolo ordinamento al piano dei principi generali dell'ordinamento comunitario e acquista la forza di limite alle libertà fondamentali previste dal Trattato⁸⁵.

⁸⁴ Sull'argomento si vedano però anche M. E. GENNUSA, «La dignità umana vista da Lussemburgo», in *Quad. cost.*, 2005, 174 ss. e MORBIDELLI, «Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo)», in <http://giustamm.it>, secondo i quali emergerebbe da tale sentenza il peculiare rilievo riconosciuto dalla Corte di giustizia ai valori costituzionali nazionali di uno Stato membro.

⁸⁵ Nello stesso senso, e quale esempio di pronuncia della Corte di Giustizia nella quale si fa espresso richiamo alla Carta di Nizza, la recentissima sentenza del 14.02.2008, C 244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH - Avides Media AG* nella quale la Corte lussemburghese si confronta con la questione pregiudiziale, riguardante le limitazioni alla libera circolazione delle merci (art. 28 e 30 TCE), sollevata in relazione ad una normativa tedesca che vieta in Germania la vendita per corrispondenza su Internet di supporti video provenienti da altri paesi, qualora tali supporti non siano stati sottoposti ai controlli richiesti dalla normativa tedesca a tutela dei minori.

II. I RAPPORTI TRA CORTE COSTITUZIONALE E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO. I CONTROLIMITI?

2.1 Brevi cenni sulla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo

Come già evidenziato nella parte introduttiva del presente lavoro, la tutela dei diritti umani in ambito europeo è caratterizzata da una molteplicità di Carte che individuano le fattispecie oggetto di protezione e di Corti che ve ne danno attuazione con gradi più o meno ampi di effettività.

La compresenza di più livelli di norme e di giudici causa non pochi problemi derivanti per lo più dalla diversità di discipline, sia con riferimento ad uno stesso diritto che con riferimento a diritti riconosciuti in uno dei livelli e non in altri, e dalla diversità di interpretazione ed applicazione delle discipline stesse. Il grado di integrazione e di interazione all'interno di un sistema multilivello dipende in larga parte, quindi, dalla capacità dei singoli livelli di coordinarsi fra di loro in assenza di criteri gerarchici o di competenza nettamente individuati; quello raggiunto nei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno è ad oggi abbastanza elevato, grazie

soprattutto ad una serie di elementi che individuano la peculiarità di tali rapporti. Basti pensare al rinvio pregiudiziale e al principio della *primauté* del diritto dell'Unione su quello degli Stati membri. La stessa teoria dei controlimiti è servita a favorire la circolazione del diritto garantendo quella che è da tutti considerata la maggiore 'virtù' dell'ordinamento comunitario: vale a dire la capacità di 'unire' senza perciò stesso 'uniformare'. La specialità dell'esperimento europeo sorto nel dopo guerra risiede assolutamente nel modo in cui in esso si intrecciano i caratteri nazionali degli Stati con le prerogative tipicamente comunitarie e nell'eterogeneità dei soggetti che ne fanno parte⁸⁶.

Ad un stadio di coordinamento così avanzato non si è ancora giunti, invece, a livello internazionale, cioè a dire, con riferimento all'Europa geograficamente intesa, nei rapporti tra ordinamento interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, dal punto di vista giurisdizionale, tra Corte Costituzionale e Corte EDU⁸⁷.

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è un accordo internazionale multilaterale firmato a Roma nel 1950 da tutti gli Stati appartenenti al Consiglio di Europa ed al quale, nel corso degli anni, si sono aggiunti vari Protocolli Addizionali - sia al fine di apportare al testo originario taluni emendamenti, sia per estendere il campo della tutela giurisdizionale ad ulteriori diritti.

La scelta di inserire nel catalogo dei diritti principalmente le c.d. libertà 'classiche' era determinata dalla necessità di fornire tutela metastatuale ad un nucleo 'forte' di diritti, senza, quindi, nessuna pretesa di onnicomprensività. Il sistema, anche da un punto di vista contenutistico e non solo procedurale, era ed è, dunque, ausiliario e sussidiario rispetto a quello degli Stati.

Il c.d. sistema di Strasburgo è stato il primo sistema 'regionale' di tutela dei diritti umani a prevedere la giustiziabilità dei diritti stessi inseriti in una Convenzione. Con

⁸⁶ Cfr. J. H. H. WEILER, «Europe: The case against the case for Statehood», in *European Law Journal*, March 1998, pp. 46 ss.

⁸⁷ Sui rapporti tra Corti nell'ambito europeo, interferirà in misura allo stato non prevedibile, la previsione del Trattato di Lisbona che sancisce, modificando l'art. 6 del TUE 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." E' comunque possibile dire tale passaggio comporterà l'introduzione di un controllo da parte della Corte di Strasburgo sul rispetto degli obblighi che fanno capo all'Unione in ragione dell'avvenuta adesione nonché la possibilità per l'Unione di difendere, a livello sovra-comunitario, la propria attività. Si pensi, altresì, alla verosimile armonizzazione della giurisprudenza delle due Corti, con una riduzione dei casi di divergenza tra le pronunce provenienti dalle stesse nonché all'ampliamento delle forme di tutela dei diritti fondamentali dei cittadini europei, diritti attivabili anche nei confronti degli atti comunitari lesivi di posizioni tutelate a livello sovra-comunitario.

l'entrata in vigore del protocollo n. 11 è stata, infatti, riconosciuta la possibilità di proporre ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo da parte di ogni individuo che denunci presunte violazioni, da parte degli Stati firmatari, dei diritti garantiti nella Convenzione. Il ricorso è esclusivamente successivo - potendo la Corte di Strasburgo essere adita ai sensi dell'art. 34, solo dopo che siano stati esauriti i rimedi giurisdizionali interni - e non sostitutivo nei confronti del sistema di tutela nazionale dei diritti. Il sistema CEDU, quindi, non solo non si sostituisce a quello interno, ma poggia su di esso ed infatti come hanno affermato gli stessi giudici di Strasburgo: "la Corte non è una quarta istanza, non è suo compito giudicare sui pretesi errori di diritto dei tribunali nazionali o sostituire la sua valutazione a quella dei tribunali interni"⁸⁸.

La Corte ha recentemente ribadito che il ricorso dell'individuo contro uno o più Stati per violazioni dei diritti riconosciuti dalla Convenzione stessa è un elemento fondamentale nella struttura della Convenzione stessa. La Corte definisce il ricorso individuale come "uno dei pilastri essenziali del sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali: [...] la Corte deve tener conto del carattere singolare della Convenzione, trattato di garanzia collettiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. A differenza dei trattati internazionali di tipo classico, la Convenzione va oltre il quadro della semplice reciprocità tra gli Stati contraenti. Oltre alla rete di obbligazioni sinallagmatiche bilaterali, essa crea delle obbligazioni oggettive, che, a termine del suo preambolo, beneficiano di una garanzia collettiva"⁸⁹.

La circostanza che la Corte di Strasburgo sia il 'giudice dei comportamenti'⁹⁰ degli Stati - valutando di volta in volta e alla luce della tutela promossa dalla Convenzione per quel determinato diritto se un atto o un'omissione di uno Stato ha leso o meno quel diritto - ha fatto sì che la stessa si autodefinisse il "garante costituzionale di un ordine pubblico europeo"⁹¹. Di certo si tratta di una caratteristica che differenzia la Convenzione da qualsiasi altro trattato internazionale.

La sussidiarietà della tutela apprestata dal sistema CEDU comporta che gli stati aderenti sono i primi a dover garantire al loro interno un insieme di strumenti, normativi e giurisdizionali, adeguati ad assicurare un'efficace protezione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, perlomeno secondo uno *standard* c.d. minimo. Ciò

⁸⁸ Caso *Edwards c Regno Unito*, 16 dicembre 1992, serie A n. 247 par. 34.

⁸⁹ V. Caso *Mamatkulov c. Turchia*.

⁹⁰ S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, op. cit., p. 32.

⁹¹ G. ZAGREBELSKY, «La Corte europea dei diritti dell'uomo e i diritti nazionali», in *Osservatorio Costituzionale, Seminario su I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Bollettino n. 6, 2005, p. 2, reperibile sul sito internet www.luiss.it.

significa, come più volte è stato evidenziato in dottrina, che i primi applicatori e difensori dei diritti della Convenzione sono le autorità pubbliche ed in particolare quelle giudiziarie degli Stati membri.

La Corte Europea, si pone, allora come “una sorta di giurisdizione sussidiaria delle libertà i cui effetti l’ordinamento nazionale è chiamato ad ascoltare”⁹² e ciò vale massimamente in un ordinamento come il nostro in cui manca la possibilità di ricorrere individualmente dinanzi al giudice dei diritti.

Nell’esplicare la propria funzione giurisdizionale, la Corte si pone come una vera e propria ‘Super’ Corte Costituzionale utilizzando le tecniche proprie delle Corti costituzionali nazionali nonché i ‘toni’⁹³ delle loro pronunzie. La Corte compie bilanciamenti tra diritti e tra diritti e valori ma sempre con riferimento alla tutela della persona; quest’ultima non è mai messa su un piatto della bilancia nel cui altro piatto c’è il mercato come avveniva (avviene) nei casi portati dinanzi alla Corte di Giustizia CE.

Questa è una delle ragioni per cui si ritiene che la teoria dei controlimiti non sia stata formulata (salvo qualche ben celato accenno) con riferimento ai rapporti tra ordinamento interno e ordinamento convenzionale. Nei confronti del sistema CEDU non si poteva di certo presentare il timore di una violazione dei diritti umani nascente dalla totale assenza di qualsiasi forma di garanzia al proposito come avvenuto rispetto ad un ordinamento nato per ragioni squisitamente economiche e d’integrazione mercantile.

In secondo luogo, all’interno del sistema internazionale che fa capo alla Convenzione di Strasburgo, non esiste il principio della primazia del diritto sovranazionale su quello interno ed inoltre nessuna limitazione di sovranità (da limitare) è prevista in favore del livello internazionale. La Corte Costituzionale notoriamente ha escluso che sia l’art. 2, che l’art.10, che l’art. 11 della Costituzione permettono di assegnare alla Convenzione uno *status* costituzionale. Se il rango della CEDU all’interno delle fonti nazionali è stato, quindi, perlomeno fino allo scorso anno, quello della legge ordinaria, non si poneva di certo il problema di porre un limite all’efficacia di un atto che non avrebbe potuto in nessun momento porsi al di sopra delle norme costituzionali e minarne conseguentemente il fondamento.

Eppure a seguito delle pronunce nn. 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale, anche nei rapporti tra i due sistemi di tutela dei diritti che stiamo analizzando, si scorge la possibilità di una futura applicazione della teoria dei controlimiti nella forma

⁹²D. TEGA, *La Cedu e l’ordinamento italiano*, in M. CARTABIA (a cura di) *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti Europee*, op.cit., p. 71 e ss.

⁹³ Cfr. S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, op. cit., p. 33.

del sindacato 'allargato' di costituzionalità. Una riserva di sovranità giurisdizionale che la Corte Costituzionale persevera nel non lasciarsi sfuggire del tutto.

2.2 La CEDU e l'ordinamento nazionale: quali rapporti prima delle sentenze 348 e 349 del 2007?

Prima di analizzare lo stato dell'arte dei rapporti attuali tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano a seguito delle summenzionate pronunce della Corte Costituzionale, appare necessario tracciare un brevissimo *excursus* delle decisioni più importanti che ne hanno individuato i contorni e le problematiche sia dal punto di vista della 'diretta applicabilità' delle norme CEDU (nonché del diritto derivato dalla funzione giurisdizionale della Corte di Strasburgo) che del rango di queste ultime nella gerarchia delle fonti nazionali.

L'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU è stato realizzato con la l. n. 848 del 1955 nella forma dell'ordine di esecuzione; ciò significa che le norme della Convenzione sono entrate a far parte del diritto interno in forza di una legge ordinaria.

Sull'immediata operatività delle disposizioni convenzionali, così introdotte nel nostro ordinamento, si è sviluppata nel corso degli anni una giurisprudenza, costituzionale e non, che non può certo dirsi pacifica.

Già con la sent. 188 del 1980, la Corte Costituzionale si esprimeva prudentemente, per non dire restrittivamente, affermando di condividere "il prevalente orientamento della dottrina e della giurisprudenza per il quale, in mancanza di specifica previsione costituzionale, le norme pattizie rese esecutive nell'ordinamento interno della Repubblica, hanno valore di legge ordinaria" escludendo in tal modo "la stessa prospettabilità di una questione di legittimità costituzionale, tanto più quando le disposizioni convenzionali vengono poste, di per sé sole, quali parametro di giudizio"⁹⁴.

Successivamente, con riferimento all'atteggiamento della Corte di Cassazione nei confronti del sistema convenzionale, talune pronunce, affermavano il carattere meramente programmatico delle norme CEDU e negavano che la Convenzione fosse direttamente applicabile ai rapporti giuridici interni atteso che essa "ha natura pattizia e, quindi, efficacia vincolante per le alte parti contraenti, e non anche per i relativi sudditi, nonostante che l'oggetto della convenzione e dei corrispondenti obblighi

⁹⁴ Corte Costituzionale, 22 dicembre 1980, n. 188, in *Giur. Cost.*, 1980, p. 1612 e ss.

internazionali riguarda proprio costoro ed i loro diritti fondamentali”⁹⁵.

Un primo mutamento di orientamento si ha con la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione penale che, nel noto caso *Polo Castro*⁹⁶ del 1989, riconosce l'immediata applicabilità delle norme della Convenzione, distinguendo, peraltro, nell'ambito delle norme pattizie, quelle immediatamente precettive da quelle che necessitano di una specifica attività normativa dello Stato. Si assegnava, così, alla CEDU, “un valore non più meramente programmatico bensì quello di un trattato internazionale c.d. *selfexecuting*, le cui disposizioni sono, pertanto, immediatamente applicabili dal giudice italiano senza necessità di uno specifico intervento legislativo che dia loro espressa attuazione”⁹⁷ a patto che le disposizioni in questione siano, come è noto, dettagliate e ‘complete’⁹⁸.

È con la sentenza n. 10 del 1993 che la Corte Costituzionale torna sul tema dei rapporti con la CEDU “profilando una significativa apertura nel senso della prevalenza delle norme CEDU sulla legislazione interna”, sebbene solo in un *obiter dictum*. La Corte utilizza il riferimento sia alla Convenzione che al Patto internazionale sui diritti civili e politici per interpretare l'art. 143 c.p.p. contenente una norma in apparenza più restrittiva di quelle internazionali, e nel far questo afferma che quelle norme del diritto internazionale non possono essere abrogate dalle successive disposizioni del codice di procedura penale perché “si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile ad una competenza atipica, e come tali insuscettibili di non abrogazione o modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria”⁹⁹.

Va detto sul punto che la Corte non spiega le ragioni di tale atipicità e la conseguente peculiare forza passiva riconosciuta alle norme CEDU; atipicità che potrebbe essere ricondotta all'esigenza di valorizzare la materia dei diritti distinguendo tra diritto internazionale pattizio *tout court* e accordi internazionali che abbiano ad oggetto il riconoscimento e la protezione dei diritti fondamentali stessi¹⁰⁰.

⁹⁵ Cass. Pen., sez. I, 23 aprile 1984, n. 2770; nello stesso senso anche Cass. Pen., sez. V, 20 aprile 1988, n. 4790; Cass. Civ. Sez. Un., 25 marzo 1988, n. 251.

⁹⁶ Cass. Pen. Sez. un. 8 maggio 1989, n. 1191.

⁹⁷ A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2006, p. 491.

⁹⁸ Cfr. L. MONTANARI, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, op. cit., p. 131; P. BILANCIA, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, cit, p. 4.

⁹⁹ Corte Costituzionale, 19 gennaio 1993, n. 10, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 52 e ss.

¹⁰⁰ Cfr. in questo senso D. TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, op. cit., p. 75 e ss.. Come è stato evidenziato in dottrina “dall'obbligo di tenere conto del fatto che le norme della Convenzione sono qualcosa di più rigido e resistente delle altre, si potrebbe tranquillamente trarre che, almeno sul

Un'altra tappa della giurisprudenza costituzionale è quella segnata dalla sentenza n. 388 del 1999, che da un lato continua a disconoscere alle norme pattizie lo *status* costituzionale, dall'altro evidenzia che i diritti umani “garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia trovano espressione e non meno intensa garanzia nella Costituzione, [...] non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona [...], ma anche perché al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente, nella interpretazione”¹⁰¹.

Ciò significa che la Costituzione si impone sul piano dell'interpretazione della normativa ordinaria, e non anche viceversa e che le norme CEDU ancora una volta possono essere di aiuto solo sul piano interpretativo delle norme costituzionali sui diritti¹⁰².

La dubbia collocazione della Convenzione da parte della Corte Costituzionale ha come conseguenza una incertissima giurisprudenza ordinaria, a cominciare da quella della Corte di Cassazione che dopo la sentenza Polo Castro del 1988, a ridosso della sentenza 10/93 della Corte Costituzionale, torna a ribadire, nel caso *Medrano*, la peculiare capacità delle disposizioni della Convenzione di resistere a disposizioni di legge successive annoverandole tra “i principi generali dell'ordinamento italiano”¹⁰³ alla stregua di quanto aveva fatto la Corte di giustizia (nonché il Trattato di Maastricht con l'art. F) nell'ambito del diritto comunitario.

piano della interpretazione sistematica, occorra adottare l'interpretazione adeguatrice della normativa interna rispetto alla Convenzione. Quando ciò, però, si verifica, rarissimamente viene esplicitato che si tratta di un riferimento alla Convenzione, mentre l'impressione è che in realtà si adotti una interpretazione adeguatrice rispetto alla Costituzione nazionale e alla giurisprudenza della Corte costituzionale. Dal momento che in Italia la tutela dei diritti anche per effetto della stessa giurisprudenza costituzionale è di alto livello, si arriva comunque ad un risultato accettabile”; G. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e i diritti nazionali*, cit., p. 4.

¹⁰¹ Corte Costituzionale, 18 giugno 1999, n. 388, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 2991.

¹⁰² Cfr. in questo senso P. BILANCIA, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, cit, p. 8; G. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e i diritti nazionali*, cit., p. 5; D. TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, op. cit., p. 78 che evidenzia come l'affermazione della nostra corte costituzionale secondo cui le Carte dei diritti assurgono a ricognizione delle tendenze emergenti in materia di diritti arricchendo l'interpretazione che di quei diritti dà la nostra Carta, è condivisa anche da altri ordinamenti europei quale quello tedesco, chiaramente espresso nella sentenza del 14 ottobre 2004: “*le garanzie della CEDU e del suo protocollo non sono un diretto parametro di costituzionalità [...]. Le garanzie della Convenzione influenzano tuttavia l'interpretazione dei diritti fondamentali e dei principi dello stato di diritto del Grundgesetz ...*”.

¹⁰³ Cass. pen, sez. I, 10 luglio 1993, n. 2194.

Con riferimento alla giurisprudenza della Corte europea, la Cassazione, fino al 2004, ha sempre rifiutato la diretta vincolatività del diritto vivente nella materia regolata dalla Convenzione, pur riconoscendo la funzione di orientamento ed indirizzo che le decisioni di Strasburgo svolgono nei confronti della giurisprudenza interna¹⁰⁴.

Nel gennaio 2004 la Cassazione, con quattro sentenze¹⁰⁵, ha riconosciuto la diretta applicabilità della giurisprudenza EDU in tema di risarcimento del danno - a carico dello Stato italiano - per la durata non ragionevole dei processi, appianando il conflitto che si era venuto a creare con la Corte europea. La Corte di Strasburgo, infatti, in una precedente decisione di ammissibilità relativa al caso *Scordino* aveva affermato che la legge italiana (la l. n.89 del 2001 c.d. legge *Pinto*) adottata per la riparazione del danno creato da un'irragionevole durata del processo, doveva essere applicata anche alla luce della giurisprudenza di Strasburgo e che tale giurisprudenza costituiva parte integrante della Convenzione. La Corte europea, in relazione all'incompletezza della tutela accordata per la riparazione del danno dalle Corti d'appello in applicazione della stessa legge italiana, aveva asserito che "deriva dal principio di sussidiarietà che le giurisdizioni nazionali devono, per quanto possibile, interpretare ed applicare il diritto nazionale conformemente alla Convenzione".

Come è stato evidenziato, però, tale posizione andrebbe riferita alla sola applicazione della legge '*Pinto*', nella parte in cui si rinvia alla CEDU, ragione per la quale, il vincolo della giurisprudenza di Strasburgo non avrebbe portata generalizzata ma confinata ai soli fini dell'equa riparazione per irragionevole durata del processo. Ciò nondimeno, "in tali decisioni vi è un riconoscimento del monopolio interpretativo di Strasburgo che sembra destinato a superare i confini della sola legge 89/2001: "questa Convenzione ha istituito un giudice [...] per il rispetto delle disposizioni in essa contenute, onde non può che riconoscersi a detto giudice il potere di individuare il significato di dette disposizioni e perciò di interpretarle"¹⁰⁶.

2.2.1 Due sentenze della Cassazione per un controlimite

¹⁰⁴ Cass. Pen. Sez. IV, 18 novembre 2003, n.1969, secondo la quale: "Costituisce orientamento giurisprudenziale quello secondo cui, ancorché debba riconoscersi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo valore di precedente nell'esame delle controversie attinenti a situazioni giuridiche protette dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, deve negarsi valore di vincolo diretto delle sentenze per il giudice italiano"

¹⁰⁵ Cass. Civ. SS. UU., sentenze nn. 1338, 1339, 1340, 1341 del 26 gennaio 2004.

¹⁰⁶ A. GUAZZAROTTI, *op.cit.*, p. 499.

Rispetto alle conclusioni della giurisprudenza appena richiamata in chiusura del paragrafo precedente, in altre sentenze¹⁰⁷ la Suprema Corte pur ricordando l'assenza di vincolatività delle sentenze della Corte EDU, ha affermato che bisogna "prendere atto che la giurisprudenza della Corte europea, quale organo di tutela e garanzia delle situazioni giuridiche delle quali gli stati contraenti si sono obbligati ad assicurare l'effettività [...] rappresenta il diritto vivente nella materia regolata dalla convenzione, sicché la ricordata carenza di efficacia diretta non esclude né limita la funzione di orientamento ed indirizzo che rispetto alla giurisprudenza interna svolgono gli arresti della Corte europea, dei quali, invece, i giudici nazionali devono darsi carico, eventualmente esponendo i motivi in base ai quali ritengono di dover pervenire ad un risultato ermeneutico diverso"¹⁰⁸.

Queste due sentenze sono estremamente interessanti anche da un altro punto di vista, vale a dire quello di un richiamo, seppure non troppo evidente e 'clamoroso', della teoria dei controlimiti.

La Corte di Cassazione conduce, infatti, in queste due pronunce, un ragionamento assai simile a quello svolto dal Consiglio di Stato nella sentenza *Federfarma* di cui si è già parlato. Come si è *infra* meglio evidenziato, la pronuncia del Consiglio di Stato colpisce per l'atteggiamento di radicale chiusura nei confronti dell'ordinamento comunitario e non solo, alla luce dell'esplicito richiamo alla dottrina dei controlimiti ed alla conseguente assenza nel ricercare alcun tipo di dialogo tra la giurisdizione interna e la Corte di Giustizia da un lato e la Corte Costituzionale dall'altro.

Le sentenze della Cassazione si collocano, sebbene in modo, come si diceva, più *soft*, nel solco di quelle pronunce che senza interpellare il giudice costituzionale considerano aprioristicamente insanabili "certi contrasti tra diritto europeo e precedenti giurisprudenziali"¹⁰⁹ della corte interna. La corte di legittimità sostiene, infatti, in modo identico in tutte e due le sentenze, che "...il diritto protetto dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione, ossia il pacifico godimento dei propri beni, se ben può ascrivere a contenuto implicito anche delle garanzie costituzionali del diritto di proprietà e della libertà di iniziativa economica, trova negli art. 41 Cost. e art. 42 Cost. una protezione condizionata dai limiti dell'utilità o della funzione sociale e si colloca, quindi, in posizione recessiva rispetto ad interessi sovraordinati, alla cura dei quali, come ha riconosciuto questa Corte e come è stato ribadito dalla Corte

¹⁰⁷ Cass. civ. Sez. lavoro, 10 marzo 2004 n. 4932 e 27 marzo 2004, n. 6173.

¹⁰⁸ *Ivi*.

¹⁰⁹ A. GUAZZAROTTI e A. COSSIRI, «La Cedu nell'ordinamento italiano: la Corte costituzionale fissa le regole», rinvenibile su [www. Forumcostituzionale.it](http://www.Forumcostituzionale.it).

Costituzionale (la quale, nel dichiarare, con la sent. n. 310 del 2000, non fondata la questione di legittimità costituzionale della disciplina de qua in riferimento agli artt. 3, 24, 38, 101, 102 e 113 Cost. ha, appunto, fondato tale declaratoria, anche rispetto a questi ulteriori parametri, sulla riscontrata necessità di assicurare tutela a superiori esigenze pubbliche), può ricondursi la disciplina dettata per la definizione delle pendenze giudiziarie nella materia considerata dalle ricordate leggi del 1996 e del 1998 [...]. Da quanto sopra è agevole desumere, con riguardo al caso di specie, che, pur potendosi ritenere, in adesione al persuasivo ed autorevole precedente costituito dalla sentenza della Corte europea richiamata dal giudice a quo, che la disciplina [...], incida negativamente sul diritto di cui all'art. 1, primo comma, del primo Protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo [...], da tanto non deriva l'impossibilità di applicazione della detta disciplina. In questo senso, del resto, offre argomenti la stessa sentenza della Corte europea, nella parte in cui consente di escludere che la risoluzione dell'antinomia sia conseguibile attraverso l'uso del solo rimedio ermeneutico”.

La Corte blocca l'applicazione dei principi della Convenzione ritenendo che la pronuncia della Corte costituzionale, che rimane 'organo' deputato alla corretta interpretazione 'costituzionale' del diritto interno, non possa retrocedere e limitarsi dinanzi all'astratta idoneità della norma convenzionale a tutelare quegli stessi beni e diritti. Non essendo il criterio dell'interpretazione adeguatrice l'unico criterio utilizzabile per giungere al coordinamento dei sistemi, l'unica 'preoccupazione' dei giudici nazionali sarà quella di evidenziare le ragioni per le quali essi ritengono di dover pervenire ad un "risultato ermeneutico diverso" da quello individuato a Strasburgo.

Ancora una volta appare chiaro, a prescindere dai parametri utilizzati nel giudizio sui controlimiti, che questi ultimi servono a garantire la possibilità per ogni giudice di far sentire la propria voce, rivendicando con energia l'esercizio delle funzioni cui è preposto e inserendosi contestualmente in quel circuito di interazione e dialogo da cui sarebbe, diversamente, tagliato inesorabilmente fuori.

2.3 La CEDU e l'ordinamento nazionale dopo le sentenze 348 e 349 del 2007.

Anche le sentenze che ci accingiamo ad esaminare, come vedremo meglio, non mancano di rimarcare il ruolo del giudice nazionale, quale garante di un'interpretazione del diritto interno conforme sia al dettato convenzionale, con riferimento al

giudice comune, che al dettato della Costituzione, con riguardo al giudice costituzionale.

Le sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, sebbene con tutte le riserve ampiamente formulate dai commentatori¹¹⁰ che ne hanno approfonditamente studiato le motivazioni, rappresentano un passaggio importante nella definizione dei rapporti tra ordinamento interno e sistema CEDU. Sembrerebbero mettere dei punti fermi su molte delle questioni da tempo all'attenzione di dottrina e giurisprudenza ma il condizionale è d'obbligo atteso che non manca chi ha evidenziato come tali pronunce "si potrebbe(ro) definire decisioni costituzionali contemporaneamente di 'chiusura' (del capitolo art. 117, comma 1, cost.) e di 'apertura' (del capitolo CEDU)"¹¹¹.

Sono diversi e assai importanti gli argomenti 'critici' toccati dalle due pronunce: la portata dell'art. 117, comma 1, della Costituzione, il rango delle norme CEDU nell'ordinamento italiano, gli effetti che la CEDU esplica all'interno degli ordinamenti che l'hanno ratificata e il grado, se così possiamo dire, di vincolatività della giurisprudenza di Strasburgo. Non è possibile in questa sede valutare con la dovuta puntualità tutte le questioni sollevate dalla Corte Costituzionale: pur cercando di dare un quadro complessivo delle soluzioni apprestate dalle due sentenze ai problemi posti, ci si soffermerà più diffusamente sul rapporto tra interpretazione conforme e questione di costituzionalità, alla luce delle riserve (di sovranità?) poste dalla Corte. Insomma, ancora una volta il discorso cade sui c.d. controlimiti, questa volta, però, 'allargati'.

¹¹⁰ Solo per citarne alcuni: S. BARTOLE, «Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani», in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 291 ss.; P. CARETTI, «Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi e prospettive», in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 311 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.; L. CONDORELLI, «La Corte costituzionale e l'adattamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?», in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 301 e ss.; A. GUAZZAROTTI, «La Consulta "guarda in faccia" gli obblighi internazionali e la CEDU», in *Studium Juris*, 2008, p. 275 e *La CEDU nell'ordinamento italiano: la Corte costituzionale fissa le regole*, cit.; A. BULTRINI, «La CEDU nelle sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale», in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 171 ss.; R. CAFARI PANICO e L. TOMASI, «Il futuro della CEDU tra giurisprudenza costituzionale e diritto dell'Unione», in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 186 ss.; A. RUGGERI, «La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico», in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 215 ss.; D. TEGA, «Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte Sub-costituzionale del diritto», in *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 133 ss.; F. GHERA, «Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)», in *Foro Italiano*, 2008, I, p. 50; B. CONFORTI, «La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione», in *Giurisprudenza Italiana*, 2008, p. 569 ss.

¹¹¹ A. GUAZZAROTTI, «La Consulta "guarda in faccia" gli obblighi internazionali e la CEDU», cit., p. 276.

Entrambi i casi sottoposti all'attenzione della Consulta avevano ad oggetto l'entità dell'indennizzo dovuto ai cittadini per la privazione della loro proprietà in seguito a procedure ablative poste in essere dalla pubblica amministrazione. In particolare nel caso deciso dalla sentenza n. 348 si aveva riguardo all'art. 5 bis del D.L. 11 luglio 1992, n. 333, convertito nella L. 8 agosto 1992 n. 359, per la parte in cui, ai fini della determinazione dell'indennità di esproprio dei suoli edificabili, prevedeva il criterio fondato sulla media tra valore dei beni e valore dominicale. Il caso di cui alla sentenza n. 349 atteneva, invece, all'istituto, di origine giurisprudenziale, della c.d. occupazione acquisitiva ed anche in questa ipotesi l'indennizzo previsto era assai lontano dal valore venale del bene addivenuto in mano pubblica.

Le censure dei giudici rimettenti¹¹² riguardavano il contrasto delle norme sopra citate con l'art. 111 e con l'art. 117 della Costituzione, in relazione all'art. 6 della CEDU e dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione stessa. Nelle ordinanze di rimessione veniva messa in rilievo soprattutto l'interpretazione delle norme convenzionali citate come fornita dalla Corte europea dei diritti umani, che in più occasioni (e in particolare nelle due sentenze del 29 luglio 2004 e del 29 marzo 2006, entrambe rese nella causa *Scordino c. Italia*¹¹³) aveva rilevato il contrasto con esse della normativa italiana in materia (e cioè, sostanzialmente, delle disposizioni oggetto del rinvio), contrasto idoneo a configurare, da parte del legislatore, addirittura una violazione 'strutturale' e 'sistematica' dell'art. 1 del primo Protocollo.

Entrambe le decisioni dichiarano l'incostituzionalità dei criteri legislativi per l'indennizzo delle espropriazioni di pubblica utilità non per violazione dell'art. 42 Cost. ma dell'art. 117, comma 1, Cost. che risulta violato per il contrasto tra quei criteri legislativi e la CEDU; l'art. 117 assume, dunque, la funzione c.d. di 'parametro interposto' di legittimità costituzionale.

Tale disposizione, come noto, impone al legislatore, sia statale che regionale, il rispetto della Costituzione nonché "dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". A tal proposito la Consulta accoglie l'interpretazione secondo la quale la norma non opera solo nei rapporti tra Stato e Regioni ma si colloca tra quei principi che garantiscono "a livello primario l'osservanza di

¹¹² Corte di Cassazione 29 maggio e 19 ottobre 2006, nella sentenza n. 348; Corte di Cassazione 20 maggio 2006 e Corte d'Appello di Palermo 29 giugno 2006, nella sentenza n.349.

¹¹³ *Scordino e altri C. Italia*, Ricorso n. 36813/97, sentenza del 29 luglio 2004 e *Scordino C. Italia*, GC ricorso n. 36813/97, sentenza del 29 marzo 2006.

determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato”¹¹⁴, riconoscendo chiaramente il rango sovralegislativo degli obblighi internazionali pattizi¹¹⁵.

In tal modo, non solo la Corte attribuisce all’art. 117, primo comma, Cost., la valenza di parametro costituzionale¹¹⁶ ma esclude i trattati anche dall’ambito di applicazione sia dell’art. 10 Cost., - di tal che i vincoli internazionali non assumono il rango di norme costituzionali - che dell’art. 11 Cost., “mettendo fine ai tentativi di assimilare i diritti fondamentali contenuti nella Convenzione europea ai principi generali del diritto comunitario”¹¹⁷ ed escludendo espressamente, pertanto, che le norme della CEDU possano godere, nel nostro ordinamento, dello stesso trattamento previsto, in termini di *primauté* e di diretta applicabilità, per le norme comunitarie¹¹⁸.

Esclusa anche la possibilità di rilevanza ‘indiretta’ del parametro dell’art. 11 Cost. e la conseguente avvenuta ‘comunitarizzazione’ delle disposizioni convenzionali, il giudice costituzionale non può che giungere a confermare, secondo la sua costante giurisprudenza, che “le norme della CEDU non si collocano, come tali, a livello costituzionale, non potendosi loro attribuire un rango diverso da quello dell’atto - legge ordinaria - che ne ha autorizzato la ratifica e le ha rese esecutive nel nostro ordinamento”¹¹⁹.

La scelta di dare copertura costituzionale alla CEDU mediante l’art. 117, comma 1, della Costituzione, quindi, se da un lato non permette di differenziare il rango della

¹¹⁴ Sent. n. 349/07, punto 6.2.

¹¹⁵ Sulla questione di individuare quali accordi integrino la fattispecie dei “trattati” di cui all’art. 117, comma 1, Cost. v. B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, cit.; L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l’adattamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, cit.

¹¹⁶ La posizione, comunemente qualificata di “norma interposta”, come ricorda la Corte, dipende sostanzialmente dalla circostanza che “con l’art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati”, e, con essi, al parametro costituzionale dell’art. 117, (Sent. 349/07, punto 6.1).

¹¹⁷ Cfr. M. L. PADELLETTI, *L’esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, cit., la quale richiama il caso *Medrano* come uno dei tentativi della giurisprudenza di assimilare il diritto comunitario ai diritti fondamentali convenzionali.

¹¹⁸ V. sent. 349/07 punto 6.1: “In riferimento alla CEDU, questa Corte ha, inoltre, ritenuto che l’art. 11 Cost. “neppure può venire in considerazione non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale» (sentenza n. 188 del 1980), conclusione che si intende in questa sede ribadire. Va inoltre sottolineato che 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”.

¹¹⁹ Sent. 349/07 punto 6.1.1. Nella sent. 348/07, punto 4.5, la Corte afferma che si tratta di norme “di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria”.

Convenzione da quello di tutti gli altri trattati internazionali, dall'altro attribuisce alle disposizioni convenzionali una peculiare forza passiva nei confronti di norme interne contrastanti con i diritti riconosciuti e garantiti a livello sovranazionale.

La Corte Costituzionale non manca, però, di evidenziare la peculiarità del trattato internazionale CEDU rispetto agli altri trattati di diritto internazionale: “La CEDU presenta, [...] la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. [...] Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione”. Sebbene, quindi, la Consulta escluda che si possa considerare la competenza della Corte EDU come ‘sovrapposta’ a quella interna, tuttavia essa sottolinea che la Corte sovranazionale svolge una “funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia”¹²⁰.

È stato accolto con favore il riconoscimento da parte della Consulta dell'importanza delle sentenze della Corte EDU che come tali sembrano entrare senza alcuna mediazione all'interno dell'ordinamento nazionale, attraverso un meccanismo di reciproca integrazione dinamica¹²¹ anche se taluni autori hanno evidenziato come, in

¹²⁰ Sent. 348/07, punto 4.7.

¹²¹ Con riferimento ai rapporti tra ordinamento italiano e sistema convenzionale EDU, nell'ambito di un sistema multilivello dei diritti, si richiama l'attenzione sulla recentissima pronuncia della Corte Costituzionale del 30.04.2008 n. 129, nota come sent. *Dorigo*. Già la Cassazione Penale, con la Sent. n. 2800 del 01/12/2006, aveva affrontato lo spinoso problema della sorte del giudicato formatosi a livello nazionale in violazione delle norme della CEDU. Nello specifico la fattispecie era quella di una decisione penale di condanna, definitiva, emessa al termine di un procedimento nel quale (sulla base degli accertamenti giudiziari effettuati dalla Corte di Strasburgo) risultavano essere stati violati i diritti ed i principi sanciti dalla Convenzione. La Cassazione afferma il principio di diritto per cui: “Il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo”. La Corte Costituzionale nella recente pronuncia pur giungendo ad “una declaratoria di infondatezza della questione proposta dalla Corte rimettente – con specifico riferimento ai parametri di costituzionalità che sono stati richiamati – ritiene di non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti

realtà, dal tenore delle pronunce sia ricavabile tutt'altra 'disponibilità' nei confronti del sistema convenzionale che resta in ogni caso un ordinamento separato e distinto da quello interno¹²².

A proposito dei rapporti tra Costituzione e CEDU, non è mancato chi ha evidenziato come il riassetto degli stessi sembra, in realtà, diretto più "a sistemare dinamiche interne all'ordinamento italiano che quelle tra quest'ultimo e il sistema convenzionale[...]. Nell'ottica del sistema convenzionale, in definitiva, conta la sostanza della tutela offerta dai sistemi interni e le discussioni formali sul rango della CEDU tra le fonti interne acquistano un'importanza relativa e interessano, a dire il vero, solo nella misura in cui spiegano i percorsi che portano l'ordinamento interno ad assicurare o meno, la sua convergenza con gli standard minimi di tutela richiesti dal sistema convenzionale"¹²³.

Come è stato da più parti sottolineato, allora, il riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., è servito alla Consulta per arginare la tendenza di alcuni giudici comuni¹²⁴, assai frequente nel panorama giurisprudenziale degli ultimi anni, alla disapplicazione del diritto interno contrastante con le norme CEDU. Un siffatto orientamento perveniva di fatto ad effettuare un controllo di convenzionalità c.d. diffuso che a sua volta, stante la corrispondenza di molte norme convenzionali con quelle costituzionali, si tramutava in un controllo di costituzionalità diffuso¹²⁵.

In questo modo la Corte ha voluto, in modo chiaro e deciso riprendere in mano tale controllo, assegnando al giudice comune il compito di interpretare il diritto

dall'art. 6 della CEDU. E' chiaro il richiamo della Consulta al fatto che il parametro di costituzionalità, così come avvenuto per le sentenze nn. 348 e 349, avrebbe dovuto essere quello dell'art. 117, c. 1 Cost. La Corte non ha mancato di formulare un monito, *de iure condendo*, al legislatore evidenziando che "la questione di legittimità costituzionale nasce dall'assenza – nel sistema processuale penale – di un apposito rimedio, destinato ad attuare l'obbligo dello Stato di conformarsi (anche attraverso una eventuale rinnovazione del processo) alle conferenti sentenze definitive della Corte di Strasburgo, nell'ipotesi in cui sia stata accertata la violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, secondo quanto prevede l'art. 46 della stessa Convenzione".

¹²² Cfr. S. BARTOLE, «Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani», cit, pagg. 294-295.

¹²³ A. BULTRINI, «La CEDU nelle sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale», cit, pag. 176-177.

¹²⁴ Solo per citare alcuni esempi si vedano le sentenze di Corte di Appello di Firenze, Sez. I Civ., 27 febbraio 2005, n. 570/2005 e Corte di Appello di Firenze, Sez. I Civ., 14 luglio 2006, 1402/2006, le quali, rispettivamente in materia di occupazione acquisitiva e in materia di indennità di esproprio, disapplicano i criteri stabiliti dalla legislazione italiana in favore di quelli stabiliti dalla Corte di Strasburgo.

¹²⁵ In questo senso cfr. A. BULTRINI, «La CEDU nelle sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale», cit. e M. L. PADELLETTI, «L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali», cit.

interno in modo conforme ai parametri convenzionali quando la legge offra lo spazio ermeneutico necessario e obbligando invece detto giudice a sollevare questione di costituzionalità¹²⁶ quando ciò non sia possibile, in modo da lasciare che sia il giudice delle leggi e non quello comune ad espungere, eventualmente, la disposizione contrastante¹²⁷. “La posta in gioco”, come ribadisce Pinelli¹²⁸, era proprio l’esercizio del sindacato di costituzionalità che è e rimane, nel nostro sistema, di tipo accentrato.

2.4. Obblighi internazionali vs interessi costituzionalmente protetti: i controlimiti ‘allargati’.

Uno degli aspetti, senza dubbio, più interessanti delle pronunce *de quibus* - con riferimento alla specifica chiave di lettura che si è scelta di utilizzare nel presente lavoro al fine di tracciare i rapporti tra ordinamenti sovra e sotto-ordinati all’interno di un sistema *multilevel* di tutela dei diritti fondamentali - è relativo al dato di fatto che entrambe le sentenze, come detto, assumono i parametri convenzionali come norme interposte ai fini del giudizio di costituzionalità sulla base dell’art. 117, comma 1, Cost. a condizione, tuttavia, che le norme interposte della CEDU non siano esse stesse in contrasto col dettato della nostra Carta fondamentale. Sono molti e diversi gli spunti che si traggono, sul punto, dalle due sentenze soprattutto alla luce delle differenze che si colgono nelle argomentazioni logico-giuridiche utilizzate dai rispettivi relatori.

A tal proposito è esemplificativa quella parte della sentenza n. 348¹²⁹ in cui la Consulta dichiara che: “Proprio perché si tratta di norme (*quelle convenzionali*) che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali [...], ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le

¹²⁶ Sul punto, più approfonditamente, si veda il § successivo.

¹²⁷ Cfr. sentenza n. 348/07, punto 4.5, “Nell’ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l’inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall’ordinamento giuridico italiano”.

¹²⁸ C. PINELLI, «Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti», in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2007, p. 3518 ss.

¹²⁹ V. punto 4.7 di detta sentenza.

‘norme interposte’ e quelle costituzionali”. Questo per “evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un’altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione.” Il controllo effettuato dalla Corte sarà dunque duplice: da un alto quello sulla conformità a Costituzione della norma interposta, dall’altro quello “sulla legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta”, con l’ulteriore specificazione che la suddetta verifica riguarda la norma come prodotto dell’interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata” e che essa “deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali,[...] e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione”¹³⁰.

La sentenza “gemella” (ma non troppo)¹³¹, afferma sul punto che, qualora sia sollevata la questione di legittimità, alla Corte spetta accertare il contrasto tra norma interna e Costituzione e, “in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell’interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana. [...] Si tratta [...] 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 internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa”¹³².

Orbene, da quanto sopra riportato appare evidente che la Corte Costituzionale ha voluto utilizzare quei famosi ‘paletti’ che la teoria dei controlimiti, si perdoni la ridondanza, pone quali ‘limiti’ alle ‘limitazioni’ di sovranità statale in materia di diritti fondamentali.

La novità, se così la si può chiamare, rispetto alla versione originaria di detta dottrina è che i controlimiti si sono ‘allargati’ fino a ricomprendere nella nozione di limite il rispetto non più solo dei principi fondamentali dell’ordinamento interno ivi

¹³⁰ La sentenza n. 348 ricorda anche in questo punto che: “In sintesi, la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l’ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall’art. 11 della Costituzione”.

¹³¹ Sulla diversità delle fattispecie cui fanno riferimento le due sentenze nei punti analizzati in questo paragrafo, si veda A. BULTRINI, «La CEDU nelle sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale», cit., p. 179 e ss.; contra C. PANZERA, «Il bello di essere diversi. Corte costituzionale e corti europee ad una svolta», pubblicato su www.forumcostituzionale.it.

¹³² V. sent. 349/07, punto 6.2.

compresi i diritti inviolabili dell'uomo (come avviene con riferimento ai rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario), ma di ogni disposizione costituzionale con cui la norma 'esterna' possa venire in contrasto.

In questo caso la Corte Costituzionale fa propria quell'accezione ampliata della teoria dei controlimiti e delle riserve di sovranità, che blocca l'ingresso delle disposizioni convenzionali in ogni caso in cui queste ultime risultano contrarie a qualunque norma costituzionale¹³³.

C'è un altro profilo, oltre a quello appena citato e per restare in tema, che sembra distinguere, nei rispettivi rapporti con l'ordinamento nazionale, il sistema comunitario da quello convenzionale. Quanto al primo dei due, la 'sanzione minacciata'¹³⁴ dalla nostra Corte in caso di accertata violazione del limite interno è quella della incostituzionalità parziale della legge di esecuzione di Trattati comunitari nella parte in cui essa introduce norme comunitarie contrarie ai principi costituzionali fondamentali¹³⁵.

Quanto al sistema convenzionale, invece, la posizione sarebbe più rigida giacché non solo la valutazione della compatibilità costituzionale è condotta con riguardo a tutte le norme costituzionali ma la sanzione in caso di contrasto sarebbe quella dell'esercizio da parte dello Stato del "diritto di denuncia successiva"¹³⁶ espressamente richiamato nella sent. 349 e la consequenziale, seppure concretamente assai improbabile, uscita dell'Italia dal sistema CEDU.

L'equivalenza della protezione richiamata dalla Consulta nella sent. 349 lascia ipotizzare che un contrasto con le norme della nostra Costituzione si possa presentare

¹³³ Ricorderemo di aver già trovato un approccio identico nella decisione del *Conseil Constitutionnel* francese del 2004 con cui esso escludeva la necessità di una revisione costituzionale a seguito della ratifica della "Costituzione europea" alla luce della verifica di compatibilità tra quest'ultima e la Costituzione francese complessivamente intesa. V. par. 1.3 del presente lavoro.

¹³⁴ V. sul punto le riflessioni di A. GUAZZAROTTI e A. COSSIRI, «La CEDU nell'ordinamento italiano: la Corte costituzionale fissa le regole», cit..

¹³⁵ Cfr. Corte Costituzionale Sent. 232/1989, cit.

¹³⁶ V. sent. 349/07, punto 6.2: "Gli stessi Stati membri, peraltro, hanno significativamente mantenuto la possibilità di esercitare il diritto di riserva relativamente a questa o quella disposizione in occasione della ratifica, così come il, sì che, in difetto dell'una e dell'altra, risulta palese la totale e consapevole accettazione del sistema e delle sue implicazioni. In considerazione di questi caratteri della Convenzione, la rilevanza di quest'ultima, così come interpretata dal "suo" giudice, rispetto al diritto interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali, la cui interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale". A. GUAZZAROTTI e A. COSSIRI, in «La Cedu nell'ordinamento italiano: la Corte costituzionale fissa le regole» cit., evidenziano come "evocando la 'libertà di denuncia' dello Stato, la Consulta compie un'operazione inversa a quella svolta nel già citato passo della sent. n. 170/1984, punto 7, in cui il Trattato CE viene garantito contro eventuali leggi statali dirette a rimuovere ingiustificatamente i limiti della sovranità statale dallo stesso legislatore posti «in diretto e puntale adempimento dell'art. 11 Cost.»".

allorché il livello di protezione garantito dalle norme convenzionali risulti inferiore a quello delle norme costituzionali. In un caso simile, però, non ci sarebbe bisogno di sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma convenzionale, soccorrendo l'applicazione dell'art. 53 della Convenzione secondo cui "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 o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi". Il livello di tutela più elevato possibile sarebbe, quindi, comunque garantito.

Il problema si potrebbe porre nel caso in cui lo *standard* convenzionale fosse superiore a quello garantito dalla Costituzione, perché in questo caso scatterebbe la necessità di operare un bilanciamento tra una molteplicità di valori che si trovano all'interno di uno stesso ordinamento.

I casi risolti dalla Consulta con le due sentenze, del resto, non sono altro che un esempio di questo tipo, dove la tutela del diritto di proprietà trova nella CEDU una tutela più ampia di quella accordata a livello nazionale. E allora: il diritto alla proprietà privata può subire limitazioni? E se sì, sono esse compatibili con la partecipazione del nostro ordinamento ad un sistema sovranazionale di tutela dei diritti? Quale lato della bilancia pesa di più? Quello che contiene il rispetto degli obblighi assunti a livello internazionale o l'altro che tutela la proprietà, a sua volta da bilanciare con il rispetto della funzione sociale e dell'accessibilità che alla stessa riconosce la Carta costituzionale?

Non a caso si è evidenziato come la disciplina posta dall'art. 42 Cost, interpretata in maniera sistematica rispetto alle altre disposizioni costituzionali, possa costituire un 'controlimite'¹³⁷ al rispetto degli obblighi internazionali di cui all'art. 117, comma 1, Cost. La stessa sentenza 348, valorizzando la funzione sociale della proprietà e i principi di solidarietà economica e sociale, lascia aperta la possibilità per il legislatore di determinare l'indennizzo anche in misura inferiore al valore venale del bene, sottolineando, pertanto, la possibilità che lo Stato italiano si discosti da future decisioni della Corte 'eccessivamente' garantiste del diritto di proprietà.

Si tratta di valutazioni, pertanto, assai complesse in relazione alle quali il giudice costituzionale ha, a ragione, imposto la propria voce. Come sostiene Pinelli "se il giudizio di conformità delle leggi nazionali alla CEDU si poteva prestare all'alternativa fra rimessione alla Corte della questione di legittimità costituzionale e disapplicazione, aprendo così la via, nella seconda ipotesi, alla formazione di un circuito diretto

¹³⁷ PADELLETTI M. L., «Indennità di esproprio e obblighi internazionali dopo le sentenze della Corte costituzionale», in *Rivista di Diritto internazionale*, 2008, p. 143 ss.

fra giudici comuni e Corte europea dei diritti dell'uomo, lo stesso non può dirsi del controllo di conformità a Costituzione delle norme CEDU. La subordinazione del giudizio di conformità delle leggi nazionali alla CEDU a quello di conformità a Costituzione della stessa CEDU equivale per la Corte a far sentire la sua voce in un circuito da cui altrimenti sarebbe inesorabilmente emarginata¹³⁸.

A proposito di emarginazione della Corte costituzionale, e quindi, a proposito di controlimiti (ideati per evitarne il verificarsi), è proprio facendo riferimento ad essi che si può forse tentare di spiegare perché la Consulta non ha utilizzato, per dare copertura costituzionale alla CEDU, l'art. 2 Cost. vale a dire la norma costituzionale posta a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo e che non viene per nulla menzionata nella sentenza n. 348 e solo indirettamente richiamata nella n. 349¹³⁹.

Per far questo la Corte avrebbe dovuto accettare una qualificazione di tale disposizione come fattispecie 'aperta' suscettibile di essere, cioè, integrata da altri diritti non scritti nella legge fondamentale quali quelli della CEDU.

La 'costituzionalizzazione' dei diritti convenzionali avrebbe comportato la necessità di bilanciarli con gli altri diritti contenuti nella Costituzione e l'acquisizione da parte dei giudici nazionali degli orientamenti del giudice convenzionale.

Ancorare all'art 2 Cost. la prevalenza delle norme CEDU sulle norme interne configgenti "avrebbe spostato la prospettazione dell'antinomia dal piano delle fonti – la Costituzione, la CEDU e la legge – a quello dei diritti da esse rispettivamente riconosciuti"¹⁴⁰ dando conseguente sostegno alla tendenza a disapplicare le norme interne configgenti. Proprio quello che la Corte ha voluto massimamente evitare. E c'è riuscita: attraverso l'uso dei controlimiti essa ha saputo mantenere il proprio ruolo di "guardiana" della Costituzione e a dare giustificazione giuridica a quel modello di tutela multilivello dal quale ogni pronuncia giurisdizionale non può, ormai, più prescindere.

¹³⁸ C.PINELLI, «Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti», cit.

¹³⁹ V. punto 6.1.1.: "E' stato talora osservato che le norme interne assicuravano «garanzie ancora più ampie» di quelle previste dalla CEDU (sentenza n. 1 del 1961), poiché «i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione» (sentenze n. 388 del 1999, n. 399 del 1998). Così il diritto del singolo alla tutela giurisdizionale è stato ricondotto nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti dall'art. 2 della Costituzione, argomentando «anche dalla considerazione che se ne è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» (sentenza n. 98 del 1965)".

¹⁴⁰ C.PINELLI, «Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti», cit.

III. CONCLUSIONI

3.1 La tenuta della teoria dei controlimiti (o del suo superamento).

Nel corso del presente lavoro si è cercato di delineare un quadro, sicuramente non esaustivo, di cosa sia il sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo analizzando detto sistema attraverso la lente della teoria dei c.d. controlimiti. Gli argomenti non sono nuovi e intorno ad essi molto si è scritto e molto si scriverà ancora, non fosse altro che per il continuo divenire delle relazioni che stanno alla base dei ragionamenti giuridici, e non, sulla tutela *multilevel* dei diritti.

E' indubbio, come già si è avuto modo di evidenziare, che il diritto dell'area europea, negli ultimi decenni, e soprattutto negli ultimi anni, risulta sempre più influenzato e caratterizzato da due elementi: da un lato la pluralità di ordinamenti, o di sistemi (di livelli, appunto) tra loro in varia misura e maniera integrati o coordinati; dall'altro la compresenza e la 'compartecipazione' in ciascun ordinamento di una componente normativa e di una componente giurisprudenziale.

Questa pluralità di ordinamenti e di giurisdizioni e fonti del diritto non è vicenda sconosciuta al mondo giuridico. Ciò che di peculiare e originale si rintraccia nell'esperienza europea è la modalità con cui tali elementi si presentano, si sviluppano, si combinano: modalità talvolta poco evidenti e comprensibili ma profondamente influenti sulle concrete vicende delle relazioni giuridiche e, in qualche modo, sulla stessa evoluzione delle forme di governo e di Stato, nazionali e, perché no, sovranazionali.

Relazioni e rapporti tra ordinamenti normativi e giurisdizionali posti su diversi livelli che si incontrano e scontrano sul terreno della difesa dei diritti umani, su un terreno, quindi, complesso e già di per sé difficilmente riconducibile a una categoria ben definita e generalmente accettata.

“Nei diritti fondamentali c'è un'aspirazione all'universalità”¹⁴¹ che giustifica il bisogno di superare i limiti dei testi scritti che diventano assai presto inutilizzabili di fronte alle domande sempre nuove di tutela che provengono dalla società ed anche di superare i confini dei singoli ordinamenti giuridici.

Se questo è un dato difficilmente contestabile, altrettanto lo è la constatazione che nei diritti fondamentali c'è una dimensione storica nella quale si riflette la tradizione di ciascun popolo, l'insieme dei valori essenziali di cui le Carte costituzionali costituiscono l'espressione per antonomasia. Come è stato ben evidenziato, “nonostante l'esistenza di numerosi trattati internazionali *ad hoc*, una visione uniforme sui diritti umani emerge ancora con fatica. E, in una certa misura, è anche giusto (oltre che inevitabile) che sia così, poiché nessun popolo può rinunciare all'identità e all'originalità che gli vengono dalle sue tradizioni e dalla sua cultura”¹⁴².

Se a livello internazionale rintracciare una dimensione universale dei diritti dell'uomo è operazione estremamente complessa, non meno lo è a livello europeo dove di certo sussiste una vicinanza di valori giuridici e culturali; ma si tratta pur sempre di vicinanza, non di comunanza.

¹⁴¹ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, cit, p. 65.

¹⁴² R. SAPIENZA, «I diritti dell'uomo sulla scena internazionale», in *Aggiornamenti sociali*, 2008, p. 508.

L'analisi dei rapporti tra Carte e Corti, come si usa dire, che si è fatta lungo il presente lavoro dimostra che l'attivismo delle fonti e dei mezzi di tutela, può essere una buona cosa perché crea forme virtuose di tutela sussidiaria di un ordinamento rispetto ad un altro, garantendo che un certo diritto trovi comunque adeguata protezione in uno piuttosto che in un altro livello e di tutela progressiva facendo sì che il grado di quella protezione non scenda al di sotto di *standards* comunemente considerati minimi¹⁴³.

Il rischio è, tuttavia, quello di sacrificare sull'altare dei diritti fondamentali, "le specificità culturali e la ricchezza delle tradizioni giuridiche che caratterizza la natura pluralistica dell'Unione europea e che ne costituisce il tratto ontologico più originale"¹⁴⁴.

In un contesto di questo tipo e dinnanzi alla diversità di valutazioni e di approcci che la dottrina appronta nell'individuare i tratti tipici nonché i risultati, più o meno auspicabili che un sistema di tutela 'reticolare' possiede, possiamo chiederci se la teoria dei controlimiti tiene ancora? Se, per ipotesi, essa non sia stata superata e non abbia, pertanto, più ragione di essere indicata come una delle forme attraverso cui si estrinseca il rapporto tra ordinamento interno e ordinamento comunitario e/o convenzionale?

Vedremo nel prosieguo - seppure non approfonditamente e al solo scopo di spiegare perché, invece, a parere di chi scrive, la teoria dei controlimiti non solo non è superata ma è addirittura necessaria all'interno di un sistema multilivello di tutela di diritti fondamentali - la posizione di chi ha ritenuto di dover rispondere negativamente alla superiore domanda.

La dottrina dei controlimiti è stata elaborata quasi agli albori del processo di integrazione tra gli Stati membri, in un periodo, come più volte abbiamo sottolineato, in cui non esistevano disposizioni dedicate alla protezione dei diritti fondamentali e la Corte di Giustizia, né per quanto attiene al proprio ruolo né con riguardo ai rapporti con le Corti interne, aveva ancora avuto modo di specificare appieno la propria funzione sull'argomento.

Molto è accaduto da allora: pensiamo alla evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di protezione dei diritti umani, all'esistenza di un Bill of Rights¹⁴⁵ europeo, e - con specifico riferimento al nostro ordinamento - all'avvenuta

¹⁴³ Cfr. C. PANZERA, «Il bello di essere diversi. Corte costituzionale e corti europee ad una svolta», pubblicato su www.forumcostituzionale.it.

¹⁴⁴ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, cit, p. 63.

¹⁴⁵ Si pensi all'art. 53 della Carta che dichiara "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti,

attivazione da parte della Corte Costituzionale, del meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia¹⁴⁶.

L'integrazione sempre più stretta tra i popoli d'Europa sarebbe, secondo alcuni autori, inconciliabile con l'uso della teoria dei controlimiti nei rapporti tra diritto comunitario e diritto statale, "nel senso che quando il carattere "imperativo", o di applicazione necessaria, di alcune norme comunitarie [...], venga a scontrarsi col carattere imperativo di certi principi interni, il contrasto dovrà risolversi o a favore delle prime (normalmente, in virtù della loro supremazia), o eventualmente anche a favore dei secondi, quando il principio fondamentale statale rappresenti un valore degno di essere riconosciuto ed imporsi come tale anche a livello comunitario: ma comunque si impone un confronto tra le divergenti valutazioni per ricercare una loro composizione. In altri termini, l'integrazione tra ordinamenti deve investire anche l'insieme dei principi fondamentali che li caratterizzano ai diversi livelli"¹⁴⁷

La teoria dei controlimiti gioverà, allora, solo allorché il contrasto con il diritto sovranazionale attenga a principi fondamentali irrinunciabili dell'ordinamento interno; negli altri casi il contrasto potendosi risolvere tramite l'utilizzo degli usuali strumenti ermeneutici e delle tecniche di bilanciamento fra diritti fondamentali.

La competenza ad applicare i cosiddetti controlimiti, dunque, passa dalle Corti costituzionali interne alla Corte comunitaria: "la Corte di giustizia viene a configurarsi sempre più come investita di funzioni tipiche di una Corte costituzionale dell'Europa unita e i controlimiti divengono, invece che limiti nazionali contro il diritto comunitario, limiti operanti all'interno del sistema europeo, a salvaguardia di valori non più

nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri", garantendo in tal modo il livello massimo di protezione dei diritti.

¹⁴⁶ Da molti anni la più autorevole dottrina italiana richiama l'attenzione sulla necessità che la nostra Corte Costituzionale si aprisse all'utilizzo del rinvio pregiudiziale, come strumento fondamentale per garantire coordinamento e dialogo con la Corte di Giustizia; tra i molti autori solo per citarne alcuni, v. M. CARTABIA e A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la carta di Nizza*, *op.cit.* e A. TIZZANO, «Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti comunitari», in *Il Diritto dell'Unione europea*, 3, 2007. Con l'ordinanza n. 103 del 15.04.2008, la Corte Costituzionale, in contrasto con la propria precedente giurisprudenza, capovolgendo le argomentazioni sino a quel momento sostenute, attiva, per la prima volta, il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nell'ambito di un giudizio di costituzionalità promosso dallo Stato al fine di accertare la costituzionalità di una legge della Regione Sardegna con riguardo all'art. 117 Cost., per violazione di alcune disposizioni del TCE (artt. 49, 81 e 87 rispettivamente relativi alla libera prestazione dei servizi, tutela della concorrenza e divieto di aiuti di stato).

¹⁴⁷ G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2009, p. 26.

o non solo nazionali ma dell'ordinamento europeo stesso"¹⁴⁸.

“In un sistema che ha vocazione a costituire fattore di integrazione anche e soprattutto all'interno delle strutture giuridiche degli Stati membri, il rapporto tra ordinamenti non può connotarsi con carattere di alternatività e ancor meno di opposizione, ma deve svilupparsi nel senso della ricerca della compatibilità e dell'osmosi tra i valori giuridici dell'uno e degli altri”¹⁴⁹.

La collaborazione fra ordinamenti invita, quindi, a considerare come imprescindibile la valutazione della “compatibilità comunitaria” degli stessi controlimiti e dei principi fondamentali propri del livello interno (a cui i controlimiti si riferiscono).

Chi ritiene ormai segnata la sorte della teoria dei controlimiti come principio regolatore del possibile conflitto nei rapporti tra ordinamenti sovra e sotto-ordinati, ammette che tale conflitto debba essere risolto o mediante l'armonizzazione delle tutele e attraverso la sintesi dei principi fondamentali in un ottica sopranazionale oppure mediante la revisione da parte dello Stato membro interessato della propria Costituzione in modo da adeguarla alle esigenze superiori sovranazionali¹⁵⁰.

Come è stato evidenziato in dottrina, con particolare riferimento alla posizione della nostra Corte Costituzionale espressa nelle sentenze 348 e 349 del 2007 ma estensibile anche e soprattutto ai rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, la logica sottesa a tali rapporti deve essere quella dell'interpretazione piuttosto che della teoria delle fonti. Quest'ultima, infatti, risulta “espressiva di una logica difensivistica o conflittuale, inadeguata alle esigenze di un'integrazione inter-ordinamentale ormai in via di definitiva maturazione (specie in Europa) e bisognosa appunto, per potersi portare ulteriormente in avanti ed affermare, di abbattere

¹⁴⁸ ¹⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 31.

¹⁴⁹ A. TIZZANO, «Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti comunitari», *op. cit.* Prosegue l'autore evidenziando che “ciò proprio grazie a quella sorta di “creazione” e diffusione “spontanea” di principi, metodi e prassi legali che si realizza nel contesto comunitario in conseguenza del “naturale” processo di recezione, di trapianto, di armonizzazione e talvolta perfino di uniformizzazione delle regole giuridiche, che lo sviluppo stesso del processo d'integrazione favorisce in sommo grado, mettendo a confronto ed obbligando alla convivenza e alla ricerca della massima compatibilità reciproca i diritti nazionali tra loro e tutti questi con quello comunitario”. In questo stesso senso cfr. A. BARONE, «La tutela dei controlimiti fra principi e suggestioni», 2007, reperibile sul sito internet www.europeanrights.eu.

¹⁵⁰ Si pensi all'emblematico caso *Tanja Kreil*, decisione 11 gennaio 2000, C-285/1998, in cui la Corte di Giustizia è stata chiamata a prendere posizione su un conflitto tra una norma della Costituzione tedesca (art. 12 secondo il quale il servizio militare obbligatorio poteva essere imposto solo agli uomini) e uno dei principi fondamentali dell'Unione Europea quale è il divieto di discriminazioni in base al sesso. A seguito della pronuncia della Corte comunitaria, la Germania ha modificato il testo dell'art. 12 del *Grundgesetz* rendendolo compatibile con i principi dell'ordinamento sopranazionale.

antichi, in gran parte artificiosi, steccati, propri di un contesto segnato da una sovranità statale sterilmente rinchiusa in se stessa e non già sollecitata a farsi in altre, inusuali forme valere, anche grazie alla sua stessa limitazione a fronte di ordinamenti (*lato sensu*) esterni”¹⁵¹.

Ma davvero *tertium non datur*? Davvero il ricorso ai controlimiti è oramai privo di alcuna giustificazione, sterile rifugio di ‘rigurgiti nazionalistici’ e null’altro?

3.2 La teoria dei controlimiti come strumento di “traduzione” dei diritti fondamentali da una lingua (leggasi: sistema) ad un’altra.

Nella parte introduttiva del presente lavoro, nell’individuazione dell’oggetto e delle coordinate spazio-temporali dell’analisi che si sarebbe svolta, ci si è chiesti perché mettere in relazione i diritti fondamentali ed in particolare la tutela multilivello degli stessi con la teoria dei controlimiti. Tra i molti punti di vista da cui si può osservare il fenomeno giuridico della protezione dei diritti umani all’interno di un sistema compos(ito), si è scelto di prendere le mosse dalla dottrina dei controlimiti, con la convinzione che essa avrebbe permesso di mettere meglio in luce le caratteristiche di quel sistema in cui essa è stata formulata e si è sviluppata.

E ciò in considerazione del dato di fatto che un sistema *multilevel* si caratterizza, pare ovvio, per una diversità e molteplicità di istanze normative e giurisdizionali che continuamente si confrontano sul terreno dei diritti. Ma l’ovvietà della superiore considerazione cede dinanzi a chi, come si è ricordato nel precedente paragrafo, ritiene ormai obsoleto ritornare su teorizzazioni che hanno fatto il loro tempo in ragione di una integrazione così avanzata tra i vari ordinamenti in questione. Così è se i controlimiti vengono ancora considerati come un ‘limite’ e non come una risorsa al coordinamento tra i vari livelli di un sistema multipolare di protezione dei diritti. Così è se si pensa che sia davvero sempre possibile operare un bilanciamento tra diritti, perdendo di vista le peculiarità dell’ordinamento di ‘provenienza’ di quel certo diritto.

¹⁵¹ A. RUGGERI, «La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico», in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 219. L’autore sottolinea, con tono assai critico, come, la Consulta sulla base del principio della rigida separazione degli ordinamenti “*si è preparata il terreno con le due pronunzie qui annotate per alzare in ogni tempo il ponte levatoio della sovranità statale, nel tentativo di preservare la cittadella costituzionale dagli attacchi formidabili che dovessero venirle mossi da un nemico che ormai la circonda da ogni parte e che in ogni tempo potrebbe far luogo all’assalto finale, quello distruttivo*”.

Gli sforzi delle Corti sovranazionali di assicurare una tutela sempre più vasta e puntuale dei diritti umani non “scongiurano *a priori* una violazione di tali diritti da parte del ‘legislatore’ comunitario, né garantiscono in maniera assoluta che eventuali violazioni siano sanzionate dalla Corte di giustizia”¹⁵² o dalla Corte EDU.

Soprattutto con riferimento all’ordinamento comunitario i diritti fondamentali si pongono sullo stesso piano delle altre disposizioni dei Trattati – a maggior ragione con la previsione del Trattato di Lisbona di attribuire alla Carta di Nizza lo stesso valore dei Trattati istitutivi - e degli altri principi e valori del diritto comunitario, non assumendo un rango privilegiato come avviene nell’ordinamento interno. Questo comporta che il rispetto dei diritti umani deve essere temperato con gli altri valori e principi generali comunitari, come quelli, per esempio, relativi al mercato interno. In ogni caso, se va salutato con favore il recente attivismo della Corte di Giustizia¹⁵³, va contestualmente evidenziata la scarsa propensione della stessa a sindacare eventuali violazioni dei diritti umani da parte di atti comunitari¹⁵⁴.

Ma il bilanciamento tra diritti, come si diceva sopra, non sempre è possibile né opportuno: una cosa è, infatti, il rapporto nel quale i singoli diritti umani vengono a relazionarsi con altri diritti o valori all’interno di una società statale, altra il rapporto tra gli stessi diritti e altri principi o valori specifici di una comunità, come quella europea, nella quale le limitazioni ai diritti fondamentali si rapportano alle esigenze proprie dell’integrazione europea o comunque di un’organizzazione internazionale.

Anche il ricorso alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri può non essere strumento per realizzare un adeguato temperamento degli interessi in gioco o per escludere qualsiasi forzatura delle strutture di valore degli ordinamenti statuali, non potendo implicare un automatico ‘trasferimento’ nell’ordinamento comunitario o convenzionale di tutti i diritti costituzionalmente riconosciuti in ciascuno Stato membro.

¹⁵² U. VILLANI, «I controlimiti nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano», pubblicato sul sito internet www.europeanrights.eu.

¹⁵³ Vedi *supra* per un esempio di bilanciamento “a favore” dei diritti operata di recente dalla Corte di Giustizia.

¹⁵⁴ Mettono in risalto tale profilo sia PINELLI C., «I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza», in *Politica del Diritto*, 2008, p. 45, che U. VILLANI, «I controlimiti nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano», cit. Il primo sottolinea, altresì come la Corte di Giustizia sarà destinata a perdere la partita per il primato di garante dei diritti fondamentali se mirando ad assurgere a Corte Costituzionale, restassero comunque “immuni dal sindacato eventuali violazioni dei diritti fondamentali perpetrate dagli atti normativi dell’ordinamento da cui la corte tragga la propria legittimazione”.

Poiché una cosa sono i diritti previsti e tutelati sul piano costituzionale interno, altra quelli previsti e tutelati sul piano comunitario, ancorché definiti con il medesimo *nomen juris*, anche il prevedere l'esistenza dei diritti fondamentali a livello comunitario non autorizza a ritenere che le esigenze costituzionali di tutela siano, per ciò solo, automaticamente soddisfatte¹⁵⁵.

Come è stato ampiamente ricordato, peraltro, la teoria dei controlimiti non agisce esclusivamente sul piano dei diritti, ma anche su quello dei principi fondamentali di tal che “è probabile [...] che esistano principi coesenziali al nostro ordinamento costituzionale estranei all'universo dei diritti fondamentali”¹⁵⁶.

Anche la clausola relativa al livello di protezione, contenuta nella Carta di Nizza, non esclude, anzi apre - come hanno sottolineato diversi autori - ad “una diversa e assai innovativa lettura dei controlimiti”¹⁵⁷.

Nella misura in cui si amplia il novero delle competenze normative e giurisdizionali dei livelli superiori anche in settori prima tradizionalmente riservati alla sovranità statale, aumenta proporzionalmente, potremmo dire, il bisogno di ‘limiti’ alle limitazioni di quella sovranità, sempre al fine di evitare possibili violazioni dei diritti fondamentali¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Cfr. F. SALMONI, «La Corte Costituzionale, la Corte di giustizia delle Comunità europee», in *Diritto Pubblico*, 2002, p. 491 e ss.

¹⁵⁶ M. LUCIANI, «La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea», in *Politica del diritto*, 1992, p. 574.

¹⁵⁷ M. CARTABIA e A. CELOTTO, «La giustizia costituzionale in Italia dopo la carta di Nizza», cit., p. 4501; nello stesso senso F. SALMONI, «La Corte Costituzionale, la Corte di giustizia delle Comunità europee», cit. e U. VILLANI, «I controlimiti nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano», cit. il quale evidenzia che: “anche la clausola contenuta nella Carta di Nizza, secondo la quale nessuna disposizione della stessa Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti (tra l'altro) dalle costituzioni degli Stati membri, non appare idonea ad assicurare in ogni caso il rispetto dei diritti riconosciuti dalla Costituzione italiana nell'ambito comunitario. Essa, pur apprezzabile per l'intento di garantire il più alto livello di protezione, tra quello previsto a livello nazionale e, rispettivamente, comunitario, risulta, invero, di ben difficile applicazione. Va considerato, infatti, che il riconoscimento dei diritti umani può comportare anche sacrifici e limitazioni di altri diritti. In realtà, ogni qual volta un diritto individuale viene ricompreso in un catalogo di diritti fondamentali sorge, in corrispondenza, l'obbligo, per ogni altro individuo, di rispettare tale diritto; in altri termini, l'ampliamento del catalogo dei diritti umani comporta, inevitabilmente, un ampliamento degli obblighi dei singoli (oltre che, naturalmente, delle istituzioni pubbliche) di rispettare tali diritti. [...] Nel momento in cui la tutela più ampia di tali diritti viene misurata sulla base di distinti strumenti - la Carta di Nizza e la Costituzione di uno Stato membro - l'individuazione del livello più alto di protezione non è più possibile, poiché la preferenza che si rilevi rispetto a un diritto è controbilanciata dalla corrispondente limitazione (e, quindi, della minore tutela) dell'altro diritto in questione”.

¹⁵⁸ V. ONIDA, «'Armonia tra diversi' e problemi aperti», in *Quaderni Costituzionali*, 2002, p. 555 ss.

Controlimiti, quindi, che vanno intesi non più in chiave statica e difensiva delle singole identità nazionali ma dinamica, “come momenti di raccordo finalizzati a garantire il massimo di tutela ai diritti”¹⁵⁹ e di apertura (non chiusura) al c.d. dialogo tra Corti. In questo senso sempre più si discute di spostamento dei limiti che da esterni diventano interni allo stesso sistema *multilevel*, di europeizzazione¹⁶⁰ dei controlimiti: ciò che si è *infra* definito come applicazione della teoria dei controlimiti ‘al contrario’, in quelle pronunce della Corte di Giustizia dove il limite non ha più giustificato la tutela dell’ordinamento di appartenenza ma di un sistema più ampio e integrato.

Ecco perché, come taluni autori hanno efficacemente sostenuto, i controlimiti non si propongono più come “un rigido muro di confine fra ordinamenti, ma il punto di snodo, la cerniera dei rapporti tra UE e Stati membri”¹⁶¹, divenendo ormai gli stessi un elemento positivo e dinamico di integrazione fra gli ordinamenti, di modo che, con riferimento al livello di protezione più elevato, i giudici di un ordinamento in relazione al caso concreto individuano “un’applicazione *pro individuo* dello standard di tutela comunitaria o nazionale che sia”¹⁶². Ovviamente la deroga all’applicazione del diritto sovranazionale si avrà non solo quando le norme nazionali rechino livelli più elevati di protezione dei diritti ma anche quando rappresentino elementi essenziali della peculiare struttura costituzionale statale.

«Poiché i sistemi multilivello sono tendenzialmente ‘instabili’, in quanto intrinsecamente ‘aperti’ e ‘dinamici’, non è la ricerca di un centro in funzione di unificazione che va perseguita, ma l’individuazione di ‘cerniere’ o ‘giunture’ flessibili che mettano in comunicazione – sul piano tecnico – i vari livelli»¹⁶³.

Come si accennava all’inizio del presente lavoro, quindi, l’utilizzo della dottrina dei controlimiti all’interno di un sistema *multilevel* di protezione di diritti, proprio per le peculiarità che esso riveste e per le dinamiche di “incontro-scontro” che porta con sé, permette di far sì che uno dei livelli sia ‘obbligato’ a prendere in considerazione la specificità di un altro o di altri livelli.

Il ricorso ai controlimiti nella loro accezione più ‘evoluta’ permette di evitare quelle criticità connesse ontologicamente alla struttura di un sistema multilivello di tutela

¹⁵⁹ M. CARTABIA e A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la carta di Nizza*, cit., p. 4502.

¹⁶⁰ A. RUGGERI, «Tradizioni costituzionali comuni e ‘controlimiti’, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione», in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 102 ss.; S. GAMBINO, «La Carta e le Corti Costituzionali, ‘Controlimiti’ e ‘protezione equivalente’», in *Politica del diritto*, n.3, 2006, p. 440 ss.

¹⁶¹ CELOTTO A. e GROPPI T., «Primauté e controlimiti nel Progetto di Trattato costituzionale», in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2004, p. 868 ss.

¹⁶² CELOTTO A., «Una nuova ottica dei “controlimiti” nel Trattato costituzionale europeo?», pubblicato su www.forumcostituzionale.it.

¹⁶³ C. PANZERA, *Il bello di essere diversi. Corte costituzionale e corti europee ad una svolta*, cit., p. 23 e ss.

dei diritti, quali il rischio dell'omologazione giuridica e culturale, della eccessiva dilatazione della categoria dei diritti e del potere giurisdizionale, e dei conflitti inter-ordinamentali, della dispersione delle specificità di ogni sottosistema.

Non sono tanto i diritti ad essere una sorta di lingua franca, di linguaggio comune. Il linguaggio sui diritti diventa unico se esistono sistemi di traduzione che permettono ad essi di essere compresi da più soggetti che parlano e usano lingue diverse.

Ecco che la teoria dei controlimiti potrebbe allora essere considerata alla stregua di un traduttore nel quale si inseriscono termini ed espressioni provenienti da contesti distinti per ottenere possibili traduzioni.

E come ogni traduzione attribuisce significati e interpretazioni, l'utilizzo dei controlimiti comporta l'individuazione del significato, del senso di cui va riempito un certo diritto all'interno di un dato sistema giuridico, culturale e di valori.

E' possibile che quel termine, quel diritto, siano allora perfettamente comprensibili da tutti, così come sarà verosimile che essi restino 'intraducibili'.

Come è stato acutamente osservato, i sistemi *multilevel* offrono una prospettiva armonica dei rapporti tra le varie istanze decisionali che non sempre corrisponde alla realtà, occultando - nell'auspicare un dialogo tra le Corti che non sempre è praticato e non sempre è possibile - la dimensione dello scontro. Assumendo il punto di vista dell'operatore giuridico di un ordinamento nazionale, quale potrebbe essere un giudice italiano, ci si accorge che le cose non sono affatto semplici e soddisfacenti a causa del sovrapporsi di molteplici sfere di legalità, il cui coordinamento risulta problematico.

Accanto alla c.d. legalità legale ed alla legalità costituzionale, (rappresentate rispettivamente dalla Corte di Cassazione e dalla Corte Costituzionale e che già comportano non pochi problemi di raffronto all'interno dello Stato) si pongono la legalità comunitaria, la legalità convenzionale e la legalità internazionale, ognuna con i suoi 'custodi' e le sue regole¹⁶⁴.

“Legalità diverse, insomma, e anche prospettive e valori diversi, che possono confliggere e di fatto confliggono, mettendo in gravissimo imbarazzo gli operatori giuridici nazionali”¹⁶⁵.

Il dato di fatto che il bilanciamento tra interessi e diritti non sempre è possibile e proficuo è chiaramente evidenziato dal ruolo che la teoria dei controlimiti svolge in un sistema multipolare ponendosi sia come strumento di attivazione del dialogo inter

¹⁶⁴ M. LUCIANI, «Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico», in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, p. 1643 ss.

¹⁶⁵ *Ul. op. cit.*, p. 1666.

giudiziale (attraverso i moniti che le Corti nazionali inviano alle Corti sovraordinate) sia come mezzo di ‘difesa’ delle peculiarità di ogni sottosistema.

Pinelli ha osservato che un processo di “indiscriminata aperture dei giudici nazionali alla giurisprudenza delle Corti sovranazionali e internazionali [...] condurrebbe però al regno di Pangloss, non certo a una tutela multilivello dei diritti”¹⁶⁶.

Tutela che si è strutturata sì attraverso interazioni fra Corti europee e nazionali, ma con un’attenzione sempre ferma alla preservazione del “nucleo essenziale dei principi degli ordinamenti cui ciascuna Corte faceva capo, e con essa del titolo della sua legittimazione: per esser tale, la tutela multilivello dei diritti implica che ogni giudice vi faccia sentire la sua voce, rivendicando l’esercizio delle funzioni cui è preposto”¹⁶⁷.

Se la tutela multilivello dei diritti fondamentali garantisce il confronto fra diversi livelli di protezione dei diritti, sia a livello sostanziale che giurisdizionale, perché non diventi “il regno di Pangloss”, essa implica una certa mobilità di confini tra quei livelli e una conseguente reciproca conflittualità.

Non bisogna dimenticare che i diritti definiscono le scelte di valore di una certa società, ne rappresentano l’identità culturale e sociale e per questa ragione “sarebbe riduttivo considerare queste scelte come mere differenze tra livelli di protezione”¹⁶⁸.

L’applicazione della teoria dei controlimiti, permette, allora di ristabilire di volta in volta quei confini allentando e non fomentando quella che viene definita la ‘guerra tra Corti’; una sorta di valvola di sfogo dei singoli sistemi che evita di farli implodere ed esplodere. Uno strumento che permette di escludere il verificarsi del c.d. colonialismo giudiziario, dell’appiattimento e dell’omogeneizzazione del diritto e dei diritti ma che consente, se correttamente utilizzato, di preservare l’Unità nella diversità, di

¹⁶⁶ C. PINELLI, «Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti», op. cit.

¹⁶⁷ *Ul. op. cit.*

¹⁶⁸ J.H.H WEILER., «Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo», in *Quaderni costituzionali*, 3, 2002, p. 521. “Il punto è che, quando una società opera un contemperamento tra questi interessi in conflitto e caratterizza tale contemperamento con un diritto o libertà fondamentale è il risultato del contemperamento ad essere fondamentale [...]. Il contemperamento è un’espressione, dunque, del nucleo duro dei valori, delle scelte fondamentali di una società. Questo è il punto dove la distinzione tra diritti e frontiere non tiene più, poiché i diritti fondamentali - oltre il nucleo duro - diventano una espressione del tipo di scelta fondamentale differenziata della quale le frontiere fondamentali sono un’espressione. Le frontiere fondamentali sono allora disegnate per permettere alle comunità in generale ed alle comunità politiche in particolare di operare e di vivere attraverso quei differenti contemperamenti che esse ritengono fondamentali. L’imposizione ad una società della tutela di un diritto fondamentale al di là del nucleo duro condiviso equivale, probabilmente, a forzare le sue frontiere fondamentali”.

conciliare l'universale col particolare, di garantire in ogni caso la tutela dei diritti fondamentali di ogni individuo.