

rivista di diritto privato

2 anno XV - aprile/giugno 2010

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Michele Capodanno
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



**CACUCCI
EDITORE**

rivista di diritto privato

Pubblicazione trimestrale

Editrice

Cacucci Editore S.a.s.
Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)
www.cacuccieditore.it
e-mail: riviste@cacuccieditore.it
Telefono 080/62030890
Fax 080/5234777

Direttore responsabile

Nicola Cacucci

Comitato scientifico

Giorgio De Nova, Natalino Irti, Pietro Rescigno,
Pietro Schlesinger, Paolo Spada, Adriano Vanzetti

Direttore

Giorgio De Nova

Condirettori

Michele Capodanno, Mario Cicala, Enrico Gabrielli,
Luigi Augusto Miserocchi, Vincenzo Roppo,
Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

Comitato editoriale

Pietro Abbadessa, Fabio Addis, Giuseppe Amadio,
Franco Anelli, Ciro Caccavale, Cristina Campiglio,
Paolo Carbone, Angelo Chianale, Massimo Confortini,
Giovanni D'Amico, Enrico del Prato, Valerio Di Gravio,
Fabrizio di Marzio, Aldo Angelo Dolmetta,
Andrea Fusaro, Carlo Ibba, Giancarlo Laurini,
Raffaele Lener, Francesco Macario, Vincenzo Meli,
Massimo Miola, Mario Notari, Giacomo Oberto,
Gustavo Olivieri, Mauro Orlandi, Fabio Padovini,
Giuseppe B. Portale, Renato Rordorf, Luigi Salvato,
Giuseppe Santoni, Davide Sarti, Michele Sesta,
Michele Tamponi, Federico Tassinari,
Gian Roberto Villa, Massimo Zaccaro,
Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

Redazioni

Milano: Francesco Delfini, Gregorio Gitti, Arturo Maniaci
Bari: Adriana Addante, Caterina Calia,
Claudia Morgana Cascione

Realizzazione grafica

Quorum Italia S.r.l. – Bari

Fotocomposizione e stampa

Ragusa Grafica Moderna S.r.l. – Modugno (BA)

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa
del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione
in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv.
in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Italia

Abbonamento annuale: € 125,00.

Esteri

Abbonamento annuale: € 250,00.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail rivista@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Prezzo singola copia: € 35,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza:

Cacucci Editore S.a.s. - Redazione, Via Nicolai, 39,
70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,
Via Nicolai, 39, 70122 Bari.
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777,
e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003,
n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno
conservati nel data base informatico del titolare
del trattamento Cacucci Editore S.a.s..

I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società,
da enti e società esterne ad essa collegati,
nonché da soggetti terzi, titolari autonomi
del trattamento, solo per l'invio di materiale
amministrativo-contabile, commerciale e pro-
mozionale.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha
diritto di conoscere, aggiornare, rettificare,
cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti
i restanti diritti ivi previsti, mediante comu-
nicazione scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via
Nicolai, 39, 70122 Bari.

rivista di diritto privato

2010

Comitato scientifico

Giorgio De Nova

Natalino Irti

Pietro Rescigno

Piero Schlesinger

Paolo Spada

Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova

Michele Capodanno

Mario Cicala

Enrico Gabrielli

Luigi Augusto Miserocchi

Vincenzo Roppo

Giuliana Scognamiglio

Giuseppe Tucci

Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 2/2010

Saggi e pareri

Il nuovo pluralismo delle fonti e il dialogo fra le Corti

Presentazione

di Adriana Addante

9

Relazione introduttiva

di Vito Marino Caferra

13

Fonti del diritto penale internazionale e dialogo fra le Corti internazionali e fra queste e le Corti nazionali

di Fausto Pocar

21

Corte di Cassazione italiana e Corti europee

di Vincenzo Carbone

31

Il ruolo della giurisdizione europea per lo sviluppo del diritto tedesco

di Wolfgang Grunsky

51

Dallo Stato-città antico al moderno Stato-nazione

di Francesco Paolo Casavola

59

Ordinamento multilivello, diritto amministrativo, ruolo del Giudice amministrativo

di Eugenio Picozza

67

Verso un nuovo rapporto tra i Tribunali statali e i Tribunali arbitrali nell'Unione europea?

di Rosario Espinosa Calabuig

85

Nuovo pluralismo delle fonti, ruolo delle Corti e diritto privato

di Giuseppe Tucci

101

**Il dialogo fra le corti e i diritti fondamentali di fonte sovranazionale:
il punto di vista del giudice comune**

di Enrico Scoditti

123

Saggi e pareri



CENTRO STUDI
ALTA FORMAZIONE E RICERCA

CONVEGNO INTERNAZIONALE

IL NUOVO PLURALISMO DELLE FONTI E IL DIALOGO TRA LE CORTI

Bari, venerdì 20 novembre 2009, ore 9,15 - 18,30

Aula Magna della Corte d'Appello

Palazzo di Giustizia di Bari

piazza Enrico De Nicola 1, piano III

PROGRAMMA

I MODULO

Benvenuto del Centro Studi CISEM
Dott.ssa Enza Rossi

Introduce i lavori Vito Marino Caferra
Presidente della Corte d'Appello di Bari

Presiede il Prof. Avv. Giuseppe Tucci
Università degli Studi di Bari

RELAZIONI

Prof. Fausto Pocar
Presidente del Tribunale Internazionale dell'Aja

Fonti del diritto penale internazionale
e dialogo tra le Corti internazionali
e fra queste e le Corti nazionali

S.E. Vincenzo Carbone
Primo Presidente Suprema Corte di Cassazione

Corte di Cassazione italiana e Corti
europee

Prof. Dott. Wolfgang Grunsky
Università di Bielefeld

Il ruolo della giurisdizione europea
per lo sviluppo del diritto tedesco

Prof. Francesco Paolo Casavola
Presidente Emerito Corte Costituzionale
Corte Costituzionale e giurisdizioni
sovranazionali

II MODULO

Presiede Vito Marino Caferra
Presidente della Corte d'Appello di Bari

RELAZIONI

Prof. Eugenio Picozza
Università Tor Vergata - Roma
Ordinamento giuridico multilivello,
diritto amministrativo e funzione
del Giudice amministrativo

Prof.ssa Rosario Espinosa Calabuig
Università di Valencia

Verso un nuovo rapporto tra i Tribunali
statali e i Tribunali arbitrali nell'Unione
europea

Prof. Avv. Giuseppe Tucci
Università degli Studi di Bari
Nuovo pluralismo delle fonti,
ruolo delle Corti e diritto privato

Dibattito

Conclude Vito Marino Caferra
Presidente della Corte d'Appello di Bari

COORDINAMENTO SCIENTIFICO:

Giuseppe Tucci - Professore ordinario
di Diritto privato - Università di Bari

Adriana Addante - Professore aggregato
di Diritto privato - Università di Foggia

Caterina Calia - Avvocato - Studio
Lexjus Sinacta

DESTINATARI:

Magistrati, Avvocati, Docenti universitari,
Dirigenti e Funzionari di Enti Pubblici

RICONOSCIMENTI:

L'Ordine degli Avvocati di Bari attribuirà
n. 8 crediti formativi ai professionisti
che parteciperanno all'intera giornata.
Sarà cura del Centro Studi CISEM
trasmettere all'Ordine degli Avvocati
di Bari l'elenco dei professionisti
presenti all'intera sessione (I e II Modulo).

Centro Studi CISEM

via F. Lattanzio 21-23-25 - Bari
tel. e fax: 080 9645563 - 080 5541883
cell.: 327 3687959 - Skype: cisembari
e-mail: info@cisembari.it
lunedì - venerdì ore 16,30 - 19,30

Presentazione

Le Relazioni che compongono gli Atti del presente convegno, per il loro intrinseco contenuto, oltre che per l'autorevolezza dei singoli Autori, non richiedono presentazione alcuna. Utile è soltanto chiarire le ragioni che hanno ispirato la scelta dell'argomento e l'organizzazione del convegno.

Nel corso del solo inizio del 2009, ben due decisioni della Corte di Strasburgo riguardano casi decisi dalle Corti baresi e poi proposti a Strasburgo su iniziativa di avvocati del Foro di Bari¹. Nel corso dello stesso anno, precisamente nel luglio del 2009, la Corte costituzionale ha deciso sull'eccezione di incostituzionalità dell'art. 44, comma 2° del DPR 380/01, formulata dalla Corte d'appello di Bari².

Il Presidente Caferra, che non a caso introduce i lavori del convegno con la Relazione che inquadra le problematiche oggetto di indagine e dibattito, ha ritenuto opportuno fare sua l'iniziativa proposta dal CISEM e dal suo comitato scientifico, impegnandosi in prima persona nell'impostazione del convegno, nella scelta e nei contatti con gli illustri Relatori e, infine, partecipando agli stessi lavori con la sua Relazione introduttiva. Con il convegno di cui qui si pubblicano gli Atti si è inteso compiere una riflessione su un'esperienza che ha riscontrato l'impegno di molti operatori giuridici baresi e persino della stampa cittadina.

A tali vicende specifiche si aggiungono profonde ragioni ideali, emerse nel corso dei lavori, che rendono non soltanto gli operatori del diritto in senso stretto, ma l'intero contesto culturale della Città, particolarmente sensibili alle nuove dimensioni sovranazionali dell'esperienza giuridica dei nostri giorni.

La prima ragione ideale riguarda i rapporti tra Bari e la Casa Editrice Laterza.

L'affettuosa sollecitudine dell'amico e collega Paolo Laterza ha reso possibile dare in omaggio ai singoli Relatori l'edizione anastatica del volume di due grandi storici inglesi dedicata all'Italia del tempo; la prima opera che Benedetto Croce, come ricorda nella sua *"Avvertenza"* alla prima edizione del 1904, consigliò di pubblicare al *"bravo editore"* della Provincia Barese, che si era rivolto a lui per *"suggerimenti e consigli su opere da pubblicare"* e che il filosofo napoletano aveva ritenuto opportuno scegliere come *"...valido aiuto a rischiare gli intelletti e a procurare agli Italiani la coscienza di ciò che essi sono realmente"*³.

¹ V. Corte europea dei Diritti dell'Uomo, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi ed altri c. Italia*, nonché 13 gennaio 2009, *Todorova c. Italia*, in *Giur. it.*, 2009, 11, 2398, con nota di Robles, *La nuova proprietà: ovvero il "governo dei diritti" nel "dialogo" tra le Corti*.

² V. Corte cost., ord., 24 luglio 2009, in Sito ufficiale 2009.

³ V. Croce, *Avvertenza (alla 1° edizione italiana)*, in King, Okey, *L'Italia d'oggi*, Gius. Laterza & Figli, Tipografi-Editori-Librari, Bari, 1904, Edizione anastatica, 2001, V ss.

Il sodalizio tra Croce e Laterza continuò, come è noto, per tutta la prima metà del secolo scorso a “rischiare gli intelletti” degli Italiani e il compito si rivelò prezioso particolarmente negli anni del fascismo, quando a Croce ed alla Casa Editrice Laterza si rivolgevano tutti coloro che tentavano di sottrarsi alle mistificazioni, anche culturali, della dittatura dell’epoca. Risale proprio agli anni più bui di quel periodo, per la precisione ai primi anni trenta, il consiglio di fare ripubblicare in Italia *La lotta per il diritto*, di R. von Jhering, unitamente ad una significativa Prefazione dello stesso Croce, in cui si polemizza apertamente con le tesi dei giuristi tedeschi – ma ormai anche italiani – ispirate al più chiuso nazionalismo giuridico, contro le cui aberrazioni Croce offre come antidoto l’universalismo giuridico del grande giurista tedesco⁴.

L’altra ragione ideale che qui si vuole ricordare riguarda i rapporti tra Bari e un grande Costituente, che nella città si è formato ed ha insegnato a lungo, al quale non a caso è stata intitolata, proprio nel corso del 2009, la nostra Università: Aldo Moro.

Nel corso del convegno è stato più volte ricordato il ruolo di Moro, tra l’altro, proprio nella formulazione di una delle norme chiave del nostro ordinamento giuridico: l’art. 2 della Costituzione, che svolge un ruolo essenziale nell’apertura del nostro ordinamento sul piano delle fonti di produzione del diritto. Moro ha contribuito in modo determinante, con un suo specifico emendamento, al riconoscimento dei “diritti inviolabili” a “tutti” e non solo ai “cittadini”, realizzando nella stessa formulazione della norma l’ispirazione universalistica della tutela della “persona umana”, tipica del pensiero di Maritain, al quale i redattori della stessa si sono chiaramente ispirati.

Purtroppo, per una delle tante anomalie della nostra storia, quello che ha svolto un indiscusso ruolo di protagonista nella nostra Carta costituzionale, come politico e come giurista, è stato anche l’unico Costituente a non morire nel proprio letto, circondato dall’affetto dei suoi cari; e ciò rende ancora più emblematica la sua intera vicenda terrena. Il convegno ha voluto anche onorare ed utilizzare questa vicenda umana, unica nella storia delle nostre Istituzioni.

La circostanza che gli Autori delle singole Relazioni siano autorevoli studiosi e, nello stesso tempo, persone impegnate in altissimi compiti istituzionali rendono i lavori del convegno particolarmente preziosi ed offrono l’occasione per fare un primissimo bilancio di un’esperienza che si profila essere appena agli inizi.

È significativo, infine, che gli Atti siano pubblicati come numero monografico della “Rivista di diritto privato”, che, edita da un intraprendente editore barese,

⁴ Per un quadro delle elaborazioni, in chiave totalitaria, del nazionalismo giuridico, v. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 104 ss.

rappresenta ormai da due anni il risultato di una fruttuosa collaborazione tra esperienze e scuole dislocate nelle diverse aree geografiche del nostro Paese. L'iniziativa, pertanto, rappresenta un'ulteriore vittoria non soltanto di Garibaldi, ma soprattutto, richiamando in tal modo le origini pavesi del direttore della Rivista, dei Fratelli Cairoli.

Adriana Addante

* * *

La particolare competenza e la generosità degli illustri Relatori che hanno accolto l'invito a partecipare ai lavori con tanto impegno, ha permesso di affrontare il problema del "*Nuovo pluralismo delle fonti e il dialogo tra le Corti*" in maniera a dire poco privilegiata. Con spiccata sensibilità, infatti, in ciascuna Relazione sono state analizzate le complesse integrazioni e sovrapposizioni fra i diversi ordinamenti, con precipuo rilievo all'indagine attorno ai rapporti, di tipo verticale, tra ordinamento comunitario e ordinamenti dei singoli Stati membri.

Rispetto al pregevole risultato raggiunto dall'evento in oggetto, il *Centro Studi CISEM* ritiene doveroso porgere il suo più cordiale ringraziamento *in primis* al Prof. *Giuseppe Tucci*, per aver sollecitato, con la consueta lungimiranza, un'indagine concreta da parte del mondo giuridico su un tema quanto mai complesso ed attuale; al Presidente della Corte di Cassazione *Vincenzo Carbone*, per aver magistralmente evidenziato il grado di crescente ed imprescindibile integrazione fra gli ordinamenti, nonché al Presidente della Corte di Appello di Bari *Vito Marino Caferra*, per aver introdotto e presieduto con sapiente equilibrio la sessione pomeridiana dei lavori.

Un particolare ringraziamento merita di essere inoltre rivolto a tutti gli illustri Relatori ed in particolare, al Prof. *Fausto Pocar*, che in qualità di Presidente del Tribunale Internazionale dell'Aja, ma anche di noto Maestro della scuola internazionalistica italiana, ha esaminato, con la massima competenza, il complesso tema delle "*Fonti del diritto penale internazionale ed il dialogo fra queste e le Corti nazionali*"; al Prof. Dott. *Wolfgang Grunsky*, ordinario dell'Università di Bielefeld, per l'attenta indagine intorno allo "*Sviluppo del diritto tedesco in relazione al ruolo della giurisdizione europea*"; al Prof. *Francesco Paolo Casavola*, Presidente Emerito della Corte Costituzionale e illustre storico del diritto, per la sua dotta ed approfondita relazione su i rapporti tra "*Corte Costituzionale e giurisdizioni sovranazionali*"; al Prof. *Eugenio Picozza*, ordinario dell'Università di Roma-Tor Vergata, brillante nella sua esposizione di un tema affascinante: "*Ordinamento giuridico multilivello, diritto amministrativo e funzione del giudice amministrativo*"; alla Prof.ssa *Rosario Espinosa Calabuig*, associata dell'Università di Valencia per aver analizzato, con pregevole senso

critico, la possibilità dell'instaurazione di un "*Nuovo rapporto tra i Tribunali statali e i Tribunali arbitrali nell'Unione europea?*". Non da ultimo si ringrazia il Cons. Enrico Scoditti, Magistrato del Tribunale di Bari, per l'approfondita riflessione che chiude il presente volume relativa a "*Il dialogo fra le corti e i diritti fondamentali di fonte sovranazionale: il punto di vista del giudice comune*".

Il vivace dibattito scaturito dalla intensa giornata di studi evidenzia l'impegno profuso negli ultimi tempi dalla nostra magistratura e la necessità di una riflessione in ordine all'intreccio delle relazioni tra le diverse giurisdizioni, alle regole procedurali di coordinamento tra esse, alle modalità in grado di assicurare l'effettività delle garanzie individuali e collettive, alla rilevanza del corretto bilanciamento tra i molteplici diritti, anche alla luce delle risorse necessarie a garantirne attuazione e protezione.

Silvia Addante
Centro Studi CISEM

Relazione introduttiva

di Vito Marino Caferra

1. Questo Convegno è frutto, come è noto a tutti, dell'iniziativa e della forte passione per il diritto del prof. Giuseppe Tucci, che nei suoi studi e nel suo quotidiano impegno professionale (come avvocato e come docente universitario) continua a ricercare con grande entusiasmo "il migliore diritto possibile" (per dirla con Luigi Lombardi Vallauri)¹, quello che è possibile in una società come la nostra, resa sempre più complessa dal progresso tecnologico e, particolarmente, dalle nuove tecnologie della comunicazione.

In questo entusiasmo è rimasta positivamente coinvolta anche l'intera Corte di Bari e comunque è rimasto coinvolto il suo Presidente (che ora ha l'onore di introdurre il Convegno); un onore ancora più grande per la presenza degli illustri Relatori, ai quali va il mio vivo ringraziamento e quello dei miei colleghi della Corte e di tutto il Foro barese.

Consentitemi, in qualità di Presidente della Corte di Appello di Bari, di porgere un doveroso saluto a S.E. il Primo Presidente della Corte di Cassazione prof. Vincenzo Carbone, che rappresenta autorevolmente il vertice della giurisdizione nel nostro Paese.

In tempi di grave crisi del nostro sistema giudiziario, si deve alla forte determinazione del Presidente Carbone l'organizzazione del servizio Giustizia – al vertice della giurisdizione – con modalità di grande efficienza e, quel che qui rileva, si deve a Lui anche l'opera di modernizzazione istituzionale (prima ancora che giuridica) della Suprema Corte, la quale – accanto alle funzioni tradizionali (di organo di "suprema" istanza per la singola controversia e di organo di riparto della giurisdizione) – va svolgendo la sua funzione dello *jus dicere* anche all'interno di un "circuito di Corti supreme", in Italia e in Europa.

In proposito mi permetto una breve citazione dalla *Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2009*, dove il Presidente Carbone ha sottolineato il crescente grado di integrazione tra gli ordinamenti:

"Il fenomeno del pluralismo dei sistemi giuridici domina ormai la scena (...). La dimensione ordinamentale moderna non è più strutturata dalla gerarchia – di norme e di ordinamenti – ma piuttosto dalla integrazione, a volte parziale, a volte più

¹ L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, pp. 522 e ss.

intensa, che coinvolge poteri pubblici e individui, istituzioni ed imprese e, *last but not least*, le Corti e i Giudici.

L'impossibilità di porre i diversi ordinamenti lungo una scala gerarchica rende necessari, infatti, la creazione e lo sviluppo di strumenti di cooperazione, che consentano la comunicazione, la circolazione, la soluzione condivisa. Le Corti e i Giudici... sono un fattore decisivo di incontro e di dialogo, di condivisione, di integrazione e di cooperazione”.

Quindi a questo processo di integrazione partecipano, unitamente alle Alte Corti, anche (per così dire) i Giudici comuni sia con il quotidiano lavoro di interpretazione/applicazione del “diritto vivente”, sia quando promuovono il giudizio incidentale di legittimità costituzionale o quando sollevano, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, le questioni pregiudiziali sulla interpretazione o validità del diritto comunitario.

Va da sé che allo stesso processo di integrazione partecipano anche, attraverso le prassi contrattuali e/o gli strumenti processuali, tutti i soggetti (individui, gruppi, istituzioni, imprese, Enti pubblici), che – in definitiva – sono i destinatari dei diversi ordinamenti giuridici (nazionali, sovranazionali e globali) e che avvertono la necessità di regole certe e omogenee ad una esperienza che ormai travalica l'ambito dei diritti nazionali.

2. Il tema dei rapporti tra le Alte Corti – al fine di contribuire alla definizione del diritto vigente nella dimensione sovranazionale della esperienza giuridica contemporanea – è il tema del Convegno, che sarà trattato dagli illustri Relatori dai rispettivi punti di osservazione:

- quello dei rapporti tra la *Corte di Cassazione italiana e le Corti europee*, illustrato, nella sua qualità, dallo stesso Presidente Carbone;
- quello del *Dialogo tra le Corti internazionali e tra queste e le Corti nazionali* a cura del prof. Fausto Pocar, in qualità di Presidente del Tribunale Internazionale dell'Aja, ma anche di noto Maestro della scuola internazionalistica italiana, che svolge un'intensa attività accademica presso l'Università di Milano e che è particolarmente impegnato nell'attività internazionale (specie negli organismi dell'ONU);
- il punto di osservazione dei rapporti tra *Corte Costituzionale e giurisdizioni sovranazionali* sarà svolto dal prof. Francesco Paolo Casavola, Presidente Emerito della Corte Costituzionale e illustre storico del diritto (particolarmente legato all'Università di Bari, dove ha insegnato per molti anni);

Nella riflessione sull'intreccio delle relazioni tra le diverse giurisdizioni (senza perdere di vista il contesto di riferimento di ciascun Paese) non poteva mancare il prezioso contributo della dottrina straniera e italiana.

Ringrazio sin d'ora:

- il prof. Dott. Wolfgang Grunsky (Amministratore delegato dell'Associazione di giuristi italo-tedesca), dell'Università di Bielefeld, che svolgerà la relazione sullo *Sviluppo del diritto tedesco in relazione al ruolo della giurisdizione europea*;
- la prof.ssa Rosario Espinosa Calabuig, dell'Università di Valencia (dove insegna Diritto internazionale privato e Diritto del commercio internazionale), la quale si occuperà del *Nuovo rapporto tra i Tribunali statali e i Tribunali arbitrali nell'Unione europea*.
- il prof. Eugenio Picozza, dell'Università di Roma-Tor Vergata (dove insegna diritto amministrativo e Diritto pubblico dell'economia), che illustrerà il punto di vista dell'amministrativista nell'*Ordinamento giuridico multilivello*;
- e infine, ma non ultimo, il (più volte citato) prof. Giuseppe Tucci, dell'Università di Bari, che nel *Nuovo pluralismo delle fonti* ci farà conoscere il punto di osservazione del privatista, che è anche quello dello studioso con un grande spessore culturale che va oltre la dimensione nazionale. Voglio qui sottolineare che il prof. Tucci ha svolto le sue ricerche (specie in materia di garanzie mobiliari sui beni dell'impresa) alla *School of Law* della California University di Berkeley e al *Max Planck Institut* di Amburgo.

Concludo la presentazione degli illustri relatori e delle rispettive relazioni ricordando che, sugli stessi temi, non è mancato nello scorso anno l'impegno degli studiosi e degli operatori del diritto del Distretto di Bari.

Mi riferisco alla ordinanza del 9 aprile 2008 della I° Sezione penale di questa Corte di Appello (rel. Cons. Mattencini) che, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha rimesso alla Corte costituzionale la questione della legittimità della disciplina della c.d. confisca urbanistica.

L'argomento è stato poi approfondito nel *Convegno nazionale* che si è svolto a Bari-Torre a Mare il 13 dicembre 2008 sul tema "*Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo*". Anche in questo Convegno, presieduto dal Presidente emerito della Corte Costituzionale prof. Annibale Marini, è stato *magna pars* il prof. Tucci, il quale, prevedibilmente, nella odierna relazione tratterà gli ulteriori sviluppi di ordine teorico e pratico nel delicato settore della circolazione giuridica dei beni.

3. Non spetta a me, in questa Relazione introduttiva, dare indicazioni su quello che può essere l'approccio metodologico più idoneo ad affrontare le problematiche riassunte nell'oggetto del Convegno.

Senza dubbio è possibile, e particolarmente suggestivo, l'*approccio politologico* che ricerchi le modalità più efficaci per mettere ordine al pluralismo degli ordinamenti

e che indichi, in definitiva, chi ha la parola ultima nella soluzione giuridica dei vari conflitti di interesse.

In questa prospettiva, dietro il riferimento apparentemente asettico al sistema delle fonti, acquistano rilievo le forze politiche ed economiche, che si contendono lo scettro del sovrano; perché, come insegna Raoul C. van Caenegem (parlando dei *Signori del diritto*), “chi controlla il diritto controlla la società”²; sicché non ha senso ambire a mettere ordine tra la pluralità delle fonti senza interrogarsi su chi produce, usa o manipola tali fonti.

Nella visione politologica il dialogo tra le Corti, al di là dei profili strettamente giuridici, finisce per aggiungersi o sostituirsi alle forme tradizionali dei rapporti tra gli Stati consentendo, per es., di sviluppare un diritto europeo pur in assenza di uno Stato europeo; così seguendo una tendenza che ormai assume una dimensione globale.

Una tendenza felicemente riassunta in un recente libretto di Sabino Cassese, il quale ha colto una sorta di ruolo di supplenza dei giudici rispetto ai governi nazionali alla ricerca di un nuovo ordine globale: “*molto lentamente* – scrive Cassese – *il diritto prende il posto della politica nell’arena globale. Se prima si era passati dalle spade alle feluche, ora si passa dalle feluche alle toghe*”³.

Questo passaggio storico dalle armi alle toghe dà la misura della accresciuta valenza politica dell’attività che, attraverso gli strumenti concettuali del diritto, si svolge quotidianamente all’interno del circuito delle Corti supreme.

4. Un titolo preoccupante quello del libretto in questione, che si intitola “*I Tribunali di Babele*” evocando, alla lettera, il caos della incomunicabilità della biblica Babele e quindi denunciando un “nuovo” pericolo per quella certezza del diritto che è alla base di una ordinata convivenza civile.

Si tratta di una nuova sfida per la scienza giuridica e per la giurisprudenza, le quali nella certezza del diritto hanno, per così dire, la vera “ragione sociale”. E di certezza del diritto si avverte particolarmente il bisogno nella *società postmoderna*, la quale – secondo le riflessioni della filosofia e della sociologia⁴, ma già prima della letteratura – muove dalla fine delle certezze del razionalismo occidentale e si ancora ad una diffusa e crescente sensazione di incertezza e di precarietà.

È la società, quella contemporanea, che il sociologo Zygmunt Baumann chiama “*la società dell’incertezza*” oppure, con altra suggestiva definizione, “*la società liquida*”, nella quale (per effetto della velocizzazione e della globalizzazione delle comu-

² R.C. van Caenegem, *I signori del diritto*, Milano 1991, 62.

³ S. Cassese, *I tribunali di Babele*, Roma, 2009, citazione dal risvolto di copertina.

⁴ V. Z. Baumann, *La società dell’incertezza*, Bologna, 1999; Id., *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2006.

nicazioni) le situazioni in cui agiscono gli uomini si modificano prima che i loro modi di agire riescano a consolidarsi in abitudini e procedure di comportamento, cioè prima che si costituiscano nuove strutture giuridiche.

Del resto, la velocità delle trasformazioni sociali ha analoghi effetti, per così dire, “destabilizzanti” anche al di fuori del diritto, come nell’ambito dell’economia, dell’etica e delle relazioni interpersonali.

Adeguandosi alla realtà sociale, la scienza giuridica parla di “diritto fluido” e di dogmatica giuridica “liquida” o “fluida”, che – come scrive Gustavo Zagrebelsky nel suo classico *Il diritto mite* – ha come unico contenuto “solido” la pluralità dei principi e dei valori⁵.

Una conclusione, per vero, non molto appagante per chi versa in una situazione istituzionale ed esistenziale di insicurezza e precarietà; ma che può costituire il punto di partenza per assolvere l’impegnativo compito di mettere ordine al pluralismo delle fonti anche (ri)stabilendo gerarchie di valori e principi.

5. Orbene, per affrontare con gli strumenti del diritto i problemi della società postmoderna (problemi che evidentemente non sono estranei al tema del Convegno), è necessario, a mio parere, un approccio antropologico, che non è incompatibile con quello politologico, se è vero che non si può ignorare lo stretto legame tra poteri e diritti fondamentali nello Stato costituzionale moderno.

“*Il legame tra potere e diritti* – ha scritto il sociologo Eligio Resta – è il nodo gordiano della teoria della democrazia, intesa come esercizio del potere e come garanzia dei diritti”⁶.

Quindi, occorre muovere dai bisogni dell’uomo ricordando che il diritto non scende dal cielo, ma è fatto dagli uomini e per gli uomini.

Per rappresentare il “diritto vivente” non si può ignorare la natura degli uomini, nella loro particolare “vocazione” al potere e nei bisogni fondamentali di sicurezza e di libertà, che derivano dal bisogno primario dell’uomo di vivere con pienezza di significato la sua identità e che trovano storicamente una risposta nelle diverse realtà istituzionalizzate⁷.

Del resto, in funzione di questi bisogni e del riconoscimento universale della dignità della persona umana si è costruita la dottrina dei diritti umani che ispira il costituzionalismo moderno e si è ancora alla ricerca di una *etica universale*, che indichi le basi antropologiche e morali dei diritti proclamati nella *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo* del 1948.

⁵ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 15-16.

⁶ E. Resta, *Poteri e diritti*, Torino, 1996, 10.

⁷ Cfr. C.T. Altan, *Antropologia*, Milano, 1996, 205 e ss.

Come è noto, negli oltre due anni che furono impiegati per la stesura del progetto della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948, i diciotto membri della prima Commissione per i diritti umani delle Nazioni Unite sorprendentemente discussero poche volte sul perché gli esseri umani siano titolari di diritti o sul perché alcuni diritti siano universali. Questo perché, in quell'epoca, dopo gli orrori di due guerre mondiali, il bisogno di comuni regole minime di convivenza sembrava evidente a tutti⁸.

Ma come ha scritto J. Maritain (che di quella Commissione fece parte), “le difficoltà e le discussioni iniziano quando si procede alla determinazione della scala di valori che governa l'esercizio e la concreta integrazione di questi vari diritti”.

La Dichiarazione, continuò, avrebbe bisogno di un qualche “valore ultimo da cui quei diritti dipendono e in relazione al quale si integrano tramite reciproche limitazioni”. Questo valore, espressamente evidenziato nella Dichiarazione, è la dignità umana, anche se, con l'andar del tempo è diventato dolorosamente evidente che la dignità non si sottrae più di altri concetti ad un uso distorto⁹.

È evidente che la ricerca di un “*minimo etico*” comune¹⁰, è necessario per realizzare su basi solide, anche attraverso il dialogo tra le Corti, un nuovo ordine globale.

A questo fine, per rispondere alle esigenze della società postmoderna, bisogna sgombrare il campo da quelle che lo storico Paolo Grossi chiama *Mitologie giuridiche della modernità*, che si risolvono nella dimensione autoritaria del “giuridico” e nella sua allarmante separazione dal “sociale”.

Per questa separazione – scrive Grossi – “non ha torto l'uomo della strada anche dei giorni nostri ... a diffidare del diritto: lo percepisce come qualcosa a lui completamente estraneo, che gli piove sul capo dall'alto come un tegolo dal tetto, confezionato nei misteri dei palazzi del potere ed evocante sempre gli spettri sgradevoli dell'autorità sanzionatoria, il giudice o il funzionario di polizia”, “Urge recuperare la giuridicità oltre lo Stato e oltre il potere, urge recuperarla alla società come realtà globale, con un recupero che è, prima di ogni altro, ufficio del giurista”¹¹.

Orbene, in questo consesso di uomini di legge mi pare appropriato questo richiamo all'alto compito del giurista moderno, affinché anche il diritto che emerge dall'interazione tra le Corti non sia strumento coercitivo del sovrano o spazio per astratte costruzioni e voli teorici di dottrinari, del quale inevitabilmente il comune cittadino è portato a diffidare.

⁸ Sui lavori preparatori della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, M.A. Glendon, *Il fondamento dei diritti umani: il lavoro incompiuto*, in *Tradizioni in subbuglio*, a cura di P.G. Carozza e M. Cartabia, Rubbettino, 2007, 79 e ss.

⁹ Cfr. M.A. Glendon, *op.loc.cit.*, 96-97.

¹⁰ Sul tema, si veda il documento della Commissione Teologica Internazionale “*Alla ricerca di un'etica universale: nuovo sguardo sulla legge naturale*”, in *La Civiltà cattolica*, 2009, II, 341 e ss.

¹¹ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005, 51-52.

6. Infine, per completare questa Relazione introduttiva che traccia una specie di *road map* dei lavori del Convegno, mi preme richiamare l'attenzione degli illustri Relatori e dei convegnisti su quelli che sono i limiti – per così dire fisiologici – del diritto, specie quando si tratta della costruzione di un sistema giuridico per via giudiziale. Perché vi sono materie – particolarmente sensibili – dove non è facile avventurarsi con le politiche del diritto, neppure per gli organismi democraticamente eletti, e dove l'intervento giudiziale, in via di supplenza, può avere – per usare le parole di P. Grossi – l'effetto sgradevole di un diritto separato dal sociale e “confezionato nei misteri dei palazzi del potere”.

Il pensiero corre alla controversa sentenza del 3 novembre 2009 della *Corte europea dei diritti dell'uomo*, sulla presenza del Crocifisso nelle aule scolastiche, e non solo a quella sentenza.

Questo mio riferimento – mi preme precisare – non mira a provocare una discussione sul merito della decisione della Corte di Strasburgo (spingendo il dibattito in un campo minato), ma tende soltanto a non perdere di vista, in questa sede e ai fini del Convegno, i limiti e la funzione del diritto rispetto alle altre fonti di regolazione sociale.

Concludo il mio dire augurando a tutti un proficuo svolgimento dei lavori e cedo volentieri la parola al prof. Tucci, che è chiamato a presiedere questa prima sessione del Convegno.

Fonti del diritto penale internazionale e dialogo fra le Corti internazionali e fra queste e le Corti nazionali

di Fausto Pocar

Nell'argomentare sul tema del dialogo tra fonti del diritto e tra giurisdizioni, vorrei partire con una citazione di un non dimenticato illustre giurista e amico barese, Vincenzo Starace, a proposito del ruolo della convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano. Scriveva Starace che "considerata dal punto di vista del nostro ordinamento, la Convenzione appare rilevante per il riconoscimento, accanto a diritti riconosciuti anche da norme italiane... di diritti nuovi perché non trovano riscontro in tali norme o perché, pur corrispondendo ad essi nominalmente..., si differenziano da questi per contenuto e portata". E aggiungeva che "poiché il nostro Stato è tra quelli che hanno reso la normativa convenzionale parte integrante dell'ordinamento interno in virtù degli ordini di esecuzione della Convenzione e dei Protocolli, i diritti in discorso dovrebbero fruire innanzitutto della tutela propria dei meccanismi che nell'ordinamento italiano operano, in genere, a garanzia dei diritti da esso riconosciuti. L'esperienza mostra, tuttavia, che la protezione dei diritti medesimi resta affidata in buona parte... al funzionamento del sistema di garanzia istituito dalla Convenzione".

Con queste parole l'insigne giurista indicava l'esistenza di una duplicità di fonti del diritto concorrenti, la fonte di origine statale e la fonte di origine internazionale, a tutela dei diritti nell'ambito dell'ordinamento italiano, e quindi disegnava un problema di dialogo e di necessità di coordinamento tra le fonti stesse. Al tempo stesso, riferendosi ai meccanismi di garanzia, cioè alle procedure di tutela, ne indicava la duplicità: quelle dell'ordinamento interno rappresentate dai tribunali nazionali e quelle internazionali rappresentate dalla Corte di Strasburgo, e allora anche dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo, a tutela degli stessi diritti. Si riferiva pertanto a un problema di concorrenza di giurisdizioni e di conseguenza all'esigenza di un dialogo tra corti, con le modalità previste dalla convenzione europea e dalla normativa interna.

Il dialogo era peraltro in quell'opera – dato il suo oggetto – delineato solo in parte, come dialogo tra una fonte esterna rappresentata dalla Convenzione e una fonte interna costituita dal diritto nazionale, e tra una corte esterna e i tribunali

nazionali; ma già allora era, in tema di diritti dell'uomo, più complicato e più ampio. Nelle fonti di origine internazionale, accanto alla Convenzione europea si collocano infatti i Patti internazionali del 1966, rispettivamente sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali, oltre a una serie di altre convenzioni delle Nazioni Unite in materia di diritti umani elaborate nel corso degli ultimi decenni; non da ultimo, esistono norme di diritto internazionale consuetudinario. Né va trascurata la fonte rappresentata dal diritto dell'Unione europea, che, come è noto, ha espresso numerose norme sui diritti fondamentali in larga misura ricapitolate e raccolte nella nota Carta di Nizza.

Nell'ambito del diritto internazionale esiste pertanto una pluralità di fonti che devono essere coordinate fra di loro, che pongono le premesse di un dialogo fra di loro nello stesso ordinamento internazionale e vi opera anche una pluralità di giurisdizioni che si occupano dei medesimi diritti: accanto alla Corte di Strasburgo sono attive altre corti internazionali che pure trattano della materia dei diritti umani, compresa per alcuni aspetti la Corte internazionale di giustizia, nonché i Comitati previsti delle varie convenzioni sui diritti umani delle Nazioni Unite con carattere paragiurisdizionale, che in quanto trattano di casi individuali postulano anch'essi un dialogo con le corti internazionali e con le giurisdizioni interne.

Il panorama che si presenta con riferimento ai diritti umani, ma anche ad altre materie, è quindi caratterizzato non soltanto da un dialogo di fonti nell'ordinamento interno in seguito all'adattamento di questo al diritto internazionale, ma anche da un dialogo di fonti nello stesso ordinamento internazionale; dal punto di vista degli organi giurisdizionali, vi è non solo un dialogo tra corti interne e corti internazionali, ma anche e prima di tutto un dialogo di corti nell'ordinamento internazionale, in merito a norme che in larga misura si sovrappongono e hanno lo stesso contenuto.

Ne nascono una serie di intrecci complicati, che specie nel campo dei diritti fondamentali concorrono a definire la tutela dei diritti dei cittadini o ad arricchire, per usare di nuovo un'espressione di Starace, il *patrimonio giuridico* di ciascun cittadino, ma che richiedono un coordinamento a più livelli nell'ordinamento interno in seguito all'adattamento di questo alle norme internazionali. L'attività del giudice nazionale ne risulta estremamente complicata, e non consiste più solo nell'applicazione delle leggi dello Stato o, come avveniva in passato, di poche norme di adattamento ad alcune convenzioni internazionali, raramente contenenti norme confliggenti e ancora più raramente affidate a corti internazionali per la loro interpretazione e applicazione. Essa sempre più spesso deve tener conto di questi intrecci e consiste nel fornire un'applicazione razionale e coordinata delle norme che rispondono a fonti diverse, che tenga conto della giurisprudenza delle diverse giurisdizioni che hanno competenza a pronunciarsi in materia.

Con queste premesse in tema di diritti dell'uomo vorrei entrare nel campo specifico del diritto penale internazionale, campo peraltro apparentato con quello dei diritti fondamentali della persona, nella misura in cui esso è inteso a fornire una ulteriore garanzia interna ed internazionale della loro tutela. Se infatti consideriamo i trattati e i meccanismi di garanzia internazionale dei diritti fondamentali, essi hanno sempre come destinatario lo Stato, anche quando le procedure internazionali possono essere attivate da individui, e sono rivolte ad accertare la conformità del comportamento dello Stato agli obblighi derivanti dai trattati internazionali di cui è parte contraente. Esse peraltro non prendono in considerazione direttamente l'agente statale che materialmente ha commesso una violazione; compete quindi allo Stato stesso, nella misura in cui lo ritenga necessario o opportuno, sanzionare il comportamento del suo agente, la cui eventuale punizione non è direttamente oggetto del procedimento di garanzia e solo di rado costituisce un preciso obbligo dello Stato, essendo per lo più oggetto di una raccomandazione rivolta allo Stato dall'organo internazionale di garanzia. È un dato di fatto, in ogni modo, che spesso gli Stati non procedono alla punizione dei loro agenti.

Il diritto penale internazionale e le procedure interne ed internazionali che ne fanno applicazione tendono a completare questa lacuna. In particolare, quando si tratti di crimini di guerra, di crimini contro l'umanità, di genocidio, cioè di quei crimini che sono presi in considerazione dal diritto internazionale, in quanto offendono la comunità internazionale nel suo complesso, è quest'ultima ad intervenire se lo Stato non procede a sanzionare il comportamento dell'agente in violazione dei diritti umani che concreta uno di tali crimini, ed ad esercitare direttamente la funzione giurisdizionale penale. Alla base della giurisdizione internazionale in materia penale vi è pertanto l'esigenza di aggiungere un'ulteriore garanzia internazionale alla protezione dei diritti umani, quando questa si esprima in un comportamento di gravità tale da costituire un crimine che offende la comunità internazionale nel suo complesso. Ma proprio il fatto che si tratti di una garanzia aggiuntiva alle procedure previste dagli strumenti internazionali sui diritti umani, e naturalmente ulteriore a quelle eventualmente previste dal diritto interno degli Stati, permette di delineare anche a questo riguardo la prospettiva di un dialogo fra norme e fra corti interne ed internazionali.

L'affermarsi dell'opportunità di un'ulteriore garanzia in questa direzione e con questo contenuto ha condotto ad istituire negli ultimi quindici anni vari tribunali penali internazionali, fino ad assumere una dimensione che è stata qualificata di "proliferazione" di giurisdizioni penali, con uno sviluppo non immaginabile fino all'inizio degli anni novanta dello scorso secolo. L'attuazione dell'idea, nata dopo Norimberga e Tokio, di istituire una corte penale internazionale permanente, aveva infatti segnato il passo per decenni e si era espressa, alle Nazioni Unite, solo nei la-

vori di una commissione che non erano approdati ad alcun risultato concreto. Solo gli eventi dei Balcani – forse perché si tratta di regione vicina all'Europa, forse per altre ragioni – hanno condotto il Consiglio di sicurezza a creare nel 1993 un Tribunale internazionale per i crimini commessi nel territorio dell'ex Jugoslavia. Gli ha fatto seguito l'anno successivo il Tribunale per il genocidio nel Ruanda e, con un'accelerazione imprevista e imprevedibile, l'istituzione della Corte penale internazionale in seguito all'approvazione dello Statuto di Roma del 1998. Ciononostante, sulla scia dei risultati anche positivi che il Tribunale per i crimini nella ex Jugoslavia aveva mostrato già nei primi anni di poter conseguire, sono stati creati altri tribunali ad hoc, come la Corte speciale per la Sierra Leone, il Tribunale per Timor orientale, le Camere straordinarie per la Cambogia e, ultimo della serie, il Tribunale speciale per il Libano, che ancora non ha cominciato concretamente ad operare.

Si tratta di una varietà di tribunali internazionali, non tutti con le stesse caratteristiche dal punto di vista della loro struttura, intesi ad esercitare giurisdizione penale internazionale, o giurisdizione interna con partecipazione internazionale, in situazioni in cui gli Stati non sono in grado o non hanno la volontà di punire i responsabili dei crimini che offendono la comunità internazionale nel suo complesso.

Come incide questo fenomeno sul problema delle fonti e del dialogo fra loro e fra le giurisdizioni che devono fare applicazione delle norme da esse prodotte? Si ripresentano in proposito tutti gli ingredienti del dibattito che caratterizza il tema dei diritti fondamentali. Tutti i tribunali richiamati fanno riferimento alle fonti del diritto internazionale, ma non vi si riferiscono in modo identico e omogeneo, sia per ragioni di natura tecnico-giuridica, sia soprattutto per rispettare il principio di legalità e per assicurare una sufficiente certezza del diritto.

Va rilevato in proposito che il Tribunale penale per la ex Jugoslavia, come del resto è il caso di altri tribunali ad hoc, è stato istituito dopo la commissione della maggior parte dei crimini attribuiti alla sua giurisdizione. A prescindere da altri problemi collegati alla creazione di un tribunale *ex post*, la sua creazione poneva la questione della determinazione del diritto del quale doveva fare applicazione. È ovvio che il Consiglio di sicurezza non poteva nel '93 dettare il diritto penale applicabile a crimini avvenuti nel '91-'92 senza violare i principi cardine del diritto penale, che si esprimono nella sua irretroattività. Nella risoluzione che adotta il Tribunale figura pertanto solo l'elenco dei crimini soggetti alla giurisdizione del Tribunale, senza alcuna indicazione ulteriore dei loro elementi costitutivi. Anche se qualche elemento potrebbe forse ricavarsi dalla pura denominazione del crimine, l'elenco è stato giustamente interpretato dal Tribunale – fin dal ben noto caso *Tadić* – come una mera attribuzione di giurisdizione, non come un'indicazione del diritto applicabile, che avrebbe rischiato di violare il principio dell'irretroattività della legge penale.

La stessa relazione del Segretario generale approvata dal Consiglio di sicurezza, cosciente di questo pericolo, ha indicato come diritto applicabile il diritto internazionale consuetudinario vigente al momento della commissione dei crimini, precisando che ad esso il Tribunale avrebbe dovuto fare riferimento e pur lasciando qualche margine al riconoscimento di un ruolo del diritto pattizio quando questo fosse incontestabilmente in vigore per gli Stati successori della ex Jugoslavia interessati dal conflitto. Ma il Segretario generale aveva lasciato questo margine con qualche esitazione per il dubbio che la disgregazione della ex Jugoslavia non comportasse l'automatica successione dei nuovi Stati formatisi al suo posto negli obblighi convenzionali assunti da questa in precedenza. Anche se il Tribunale ha in qualche caso seguito piuttosto la tesi dell'automatica successione dei nuovi Stati negli obblighi assunti dallo Stato predecessore in materia di diritti umani e di diritto umanitario, l'applicazione del diritto internazionale generale è apparsa la soluzione più sicura quanto alla determinazione del diritto materiale applicabile. Anche perché la maggior parte del diritto internazionale umanitario, pur avendo origine convenzionale, è per opinione condivisa di natura consuetudinaria, in particolare per quanto riguarda le norme derivanti dalle regole dell'Aja dell'inizio del secolo scorso, dalle quattro convenzioni di Ginevra del 1949 e dalla maggior parte dei protocolli del 1977.

Non tutti i tribunali istituiti negli ultimi anni hanno però avuto lo stesso problema del rispetto del principio di legalità quanto alla legge materiale applicabile, vuoi perché relativi a Stati non interessati da fenomeni di successione di Stati, vuoi perché alcuni tribunali misti hanno avuto mandato di applicare il diritto interno dello Stato in cui sono situati, vuoi ancora perché non si tratta di tribunali *ex post*, ma aventi giurisdizione solo in relazione a crimini futuri, successivi all'entrata in vigore del loro statuto. È il caso in particolare della Corte penale internazionale, il cui statuto, entrato in vigore il 1° luglio 2002, esplicitamente si applica solo a crimini commessi dopo la sua entrata in vigore. Lo statuto pertanto, nella misura in cui disciplina in modo organico e completo comportamenti rilevanti sotto il profilo del diritto penale, potrebbe contenere un codice penale dei crimini internazionali.

In realtà anche lo statuto della Corte si limita all'elencazione dei crimini, pur se in maniera assai più dettagliata degli statuti dei tribunali *ad hoc*, senza una precisa indicazione degli elementi di ogni crimine. In proposito, l'assemblea degli Stati parte ha peraltro adottato un documento specificamente dedicato agli elementi dei crimini, inteso ad integrare lo statuto e a costituire, unitamente alle pertinenti disposizioni di questo, il diritto penale materiale di cui la Corte deve fare applicazione, come stabilito nell'art. 21 dello statuto stesso.

Ma le norme dello statuto e del documento sugli elementi dei crimini sono le uniche fonti internazionali cui la Corte può fare riferimento nell'applicazione dello statuto, oppure resta uno spazio, e in caso affermativo quale, per il diritto consuetu-

dinario e per i principi generali del diritto, che pure costituiscono fonti del diritto internazionale, secondo l'elencazione fattane nell'art. 38 dello statuto della Corte internazionale di giustizia?

Lo statuto di Roma non è del tutto chiaro al riguardo. L'art. 21 dopo aver stabilito alla lett. *a*) che la Corte applica lo statuto e gli elementi del crimine, aggiunge, alla lett. *b*) "in secondo luogo", quando sia appropriato, i trattati e i principi e le norme del diritto internazionale, compresi i principi affermati del diritto internazionale dei conflitti armati, e lett. *c*) "in mancanza" i principi generali del diritto derivati dal diritto interno degli Stati, in presenza di determinate condizioni. Anche se non vi è menzione espressa del diritto internazionale consuetudinario, sembra evidente che tra i principi e le norme del diritto internazionale rientrano anche quelli fondati sulla consuetudine. Il fatto che lo Statuto dica "in secondo luogo" e "quando sia appropriato", significa che la consuetudine può entrare in gioco solo sussidiariamente oppure può intervenire a completare gli elementi del crimine?

Lo statuto è un trattato e la descrizione dei crimini internazionali ivi contenuta non deve necessariamente coincidere con quella ricavabile dal diritto consuetudinario. Rientra invero nella libertà degli Stati contraenti di stabilire l'ambito della giurisdizione della Corte anche con riferimento al diritto materiale applicabile, definendolo in misura più o meno ampia di quella risultante dal diritto internazionale generale, e limitando il ricorso al diritto generale nella misura ritenuta opportuna, sempre che non siano violate norme consuetudinarie di *ius cogens*. Ma alla luce dell'art. 21 dello statuto in che limiti può la Corte riferirsi al diritto consuetudinario nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale? È un problema aperto la cui soluzione dipenderà essenzialmente dall'interpretazione che dello statuto darà la Corte. Ma è certo che un riferimento al diritto consuetudinario permetterebbe di sanzionare crimini che nel diritto consuetudinario presentino una dimensione più ampia che nella descrizione fornita dallo statuto e dal documento sugli elementi dei crimini. È il caso, ad esempio, del crimine rappresentato dal reclutamento militare di minori, ora pendente davanti alla Corte e già oggetto di una pronuncia della Corte per la Sierra Leone, in merito al quale peraltro quest'ultima si è divisa: una maggioranza ha ritenuto che la consuetudine prevedesse il crimine, una minoranza ha invece opinato nel senso opposto.

Queste considerazioni sul diritto applicabile mostrano come vi sia la possibilità che corti internazionali si pronuncino in modo diverso e come anche a livello internazionale il dialogo tra le corti possa presentare problemi delicati e condurre a soluzioni non coincidenti. D'altra parte, un coordinamento a livello internazionale appare forse impossibile, in assenza di una struttura che possa procedere a un coordinamento efficace come può invece avvenire all'interno di un ordinamento statale.

Varie soluzioni sono state tuttavia prospettate in via ipotetica, almeno per quanto attiene ai tribunali penali istituiti dalle Nazioni Unite o con il concorso di esse, intese ad attribuire la responsabilità (e l'autorità) del coordinamento, per quanto riguarda l'interpretazione del diritto internazionale applicabile, all'organo giudiziario principale dell'organizzazione, la Corte internazionale di giustizia. Si tratterebbe in sostanza di stabilire un obbligo per le altre corti di seguire, in tema di diritto, il precedente stabilito dalla Corte. Rimarrebbe tuttavia aperta anche in questo caso la possibilità di interpretazioni divergenti quando una questione giuridica fosse trattata prima da una corte diversa dalla Corte internazionale di giustizia, a meno di prevedere un appello alla Corte in materia di diritto, o una specie di rinvio pregiudiziale alla Corte stessa per l'interpretazione del diritto internazionale. Ma sono soluzioni difficili da ipotizzare allo stato attuale di organizzazione della comunità internazionale.

Non resta quindi che affidarsi al coordinamento che avviene di fatto in molti casi mediante l'operare delle corti, pur come istituzioni autonome ed indipendenti. È facile constatare che normalmente, e al di fuori di ogni subordinazione gerarchica, ogni corte internazionale tiene conto della giurisprudenza sviluppata da altre corti internazionali, senza vincolo di precedente, ma cercando di sviluppare un discorso coordinato e possibilmente coerente nella interpretazione del diritto internazionale consuetudinario e pattizio. Basti pensare, a puro titolo di esempio, ai numerosi riferimenti alle decisioni del Tribunale penale per la ex Jugoslavia che si ritrovano nella giurisprudenza di altri tribunali penali internazionali, o alla decisione della Corte internazionale di giustizia nel caso *Bosnia c. Serbia* di non procedere a un nuovo accertamento dei crimini perpetrati a Srebrenica e di assumerli come accertati dal Tribunale per la ex Jugoslavia, compresa la loro qualificazione come genocidio. Riguardo a quest'ultimo caso va peraltro anche ricordato che la Corte non ha accettato altre conclusioni raggiunte dal Tribunale, in particolare quanto alla natura del controllo suscettibile di comportare la responsabilità per attività criminali di persona diversa dall'agente.

È peraltro importante che si sia instaurato un dialogo tra corti internazionali, che potrà svilupparsi ulteriormente nel rispetto dell'indipendenza di ciascuna e giungere almeno ad un parziale coerenza della giurisprudenza internazionale in tema di accertamento ed interpretazione del diritto internazionale. Si tratta di uno sviluppo importante anche dal punto di vista del dialogo con le corti nazionali che si trovano ad applicare norme di diritto internazionale, offrendo loro un punto di riferimento in proposito. Ove le corti internazionali non tengano un dialogo sufficientemente coordinato ed efficace tra loro, anche i giudici interni avranno difficoltà ad accertare il diritto internazionale e a darne la corretta interpretazione nei casi a loro sottoposti. Le deficienze del dialogo fra corti internazionali sono pertanto suscettibili di ripercuotersi nel dialogo fra queste e le corti nazionali.

Quest'ultimo dialogo, fra corti internazionali e corti interne, è della massima importanza sotto il profilo del coordinamento dell'attività giurisdizionale. Anche se sono state create corti internazionali – e pur se presenta molti aspetti di verità l'osservazione di Starace sopra ricordata, che spesso la protezione è assicurata dagli organi internazionali di garanzia e non da quelli interni – è incontestabile che la funzione giurisdizionale compete innanzitutto ai giudici nazionali e che essa deve essere rafforzata in modo che possa far fronte alle esigenze di protezione anche quando esista una garanzia internazionale. È infatti impensabile trasferire in via generale, o anche in misura ampia, la giurisdizione – qui mi riferisco a quella penale, ma l'osservazione vale anche per altri campi – dal livello nazionale al livello internazionale quando si tratti dell'applicazione del diritto internazionale. Il rapporto fra corti interne e corti internazionali deve assumere forma di dialogo e non di semplice trasferimento di competenze dalle prime alle seconde.

L'impossibilità di un trasferimento di ampia portata è evidente. Già i primi tribunali penali *ad hoc* istituiti dalle Nazioni Unite hanno dovuto fare i conti con questa realtà e, nonostante l'ampiezza del loro mandato, si sono limitati a formulare atti di accusa nei confronti di un numero ristretto di imputati – 161 il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia e circa la metà il Tribunale gemello per il Ruanda – a fronte alle migliaia di responsabili di crimini indicati da stime certo non precise, ma abbastanza attendibili. E, anche in relazione a questi atti di accusa, nonostante la priorità di giurisdizione loro attribuita dagli statuti, hanno cercato di associare le corti nazionali nell'esercizio della giurisdizione, rimandando a queste ultime una parte degli imputati: circa il 10% il Tribunale per l'ex Jugoslavia se si tiene conto degli atti di accusa ritirati dal procuratore, un numero minore il Tribunale per il Ruanda per la difficoltà di assicurare un equo processo davanti ai tribunali di tale paese, che ha comportato peraltro il coinvolgimento di corti di Stati terzi. Né vanno sottovalutati gli sforzi effettuati soprattutto dal Tribunale per la ex Jugoslavia di stabilire una sorta di partenariato con le corti degli Stati della regione, inteso a migliorare le strutture e la capacità degli organi giudiziari nazionali e a far continuare l'attività del Tribunale nella trattazione dei numerosi casi da questo non considerati.

Il problema non è quindi di intensificare un trasferimento di giurisdizione dal livello nazionale a quello internazionale, ma piuttosto di fare in modo che un limitato esercizio di giurisdizione internazionale serva come punto di riferimento per un efficiente e corretto esercizio della giurisdizione nazionale. È il risultato al quale tende lo statuto della Corte penale internazionale con l'affermazione del principio di complementarità, che stabilisce un criterio per la ripartizione di competenza fra la Corte e i giudici nazionali, ma che non può essere concretamente operativo e sufficiente se questi ultimi non eserciteranno essi stessi la giurisdizione nella maggior

parte dei casi, lasciando alla Corte solo i casi più difficili da trattare a livello nazionale per le implicazioni politiche o di altra natura che presentano.

La ripartizione di competenza, d'altra parte, anche nella misura in cui è necessario attuarla – sia con riferimento alla Corte penale internazionale sia ad altri tribunali già istituiti o che lo siano in futuro, non può essere fine a se stessa, ma deve tendere alla formazione di una giurisprudenza armonizzata, ad evitare che la trattazione di casi simili produca, proprio perché è ripartita su diversi livelli, effetti discriminatori nei casi singoli. È a questo riguardo necessario un coordinamento fra corti internazionali e interne che, se non può avere la stessa efficacia del coordinamento esistente fra le corti interne di uno stesso Stato, nel quale esso è normalmente assicurato da una corte suprema nazionale, deve tuttavia tendere a risultati analoghi.

In questa prospettiva è innanzitutto essenziale che le corti interne tengano dovuto conto della giurisprudenza internazionale, nel rispetto del principio per cui il riferimento fatto dal diritto interno al diritto internazionale comporta il richiamo della norma internazionale non nel suo dettato formale ma nella espressione concreta che deriva dalla sua applicazione nell'ambito dell'ordinamento internazionale, principio che deve trovare attuazione tanto per il diritto generale quale richiamato dall'art. 10 della nostra Costituzione quanto per il diritto convenzionale considerato dall'ordine di esecuzione di un trattato. Sorge quindi il problema di porre i giudici interni nella condizione di applicare il diritto internazionale nel modo corretto, attraverso un coordinamento con le giurisdizioni internazionali, che peraltro presuppone, in un'epoca di proliferazione di queste ultime, il coordinamento fra le medesime, ad evitare un disorientamento del giudice nazionale di fronte ad interpretazioni diverse fornite a livello internazionale ed un'eventuale violazione delle norme internazionali da applicare.

È ben vero che tale coordinamento a livello internazionale non è semplice, ma si è anche sottolineato come in qualche misura esso avvenga e possa essere ulteriormente promosso. A renderlo efficace devono e possono contribuire anche le giurisdizioni nazionali, inserendosi in un dialogo fra corti che vada oltre la separazione formale degli ordinamenti e abbia di mira la buona amministrazione della giustizia in qualunque ambito sia esercitata, sul presupposto che tutti i giudici vi devono concorrere indipendentemente dalla circostanza di essere organi di uno specifico ordinamento.

A questo riguardo non va dimenticato che, per attuare questo disegno, vi è anche una responsabilità del legislatore nazionale, che ha il dovere di introdurre la normativa internazionale in modo corretto, in modo da permettere che il dialogo tra corti abbia luogo su una base normativa coordinata. A questo fine può non essere sufficiente l'emanazione dell'ordine di esecuzione di un trattato e può essere necessaria l'adozione di norme interne che riflettano quelle internazionali, come richiesto ad

esempio dallo statuto della Corte penale internazionale. L'attuazione del principio di complementarità, o di sussidiarietà della giurisdizione della Corte, richiede invero che ogni Stato parte si doti della legislazione idonea perché i giudizi nazionali applichino lo statuto della Corte, evitando a questa l'obbligo di intervenire.

E non può non preoccupare che l'Italia, dopo più di dieci anni dall'emanazione dell'ordine di esecuzione dello statuto di Roma, ancora non abbia adottato una legge sui crimini internazionali, idonea ad assicurare l'esercizio della giurisdizione italiana nei confronti di questi ultimi, sia quando vi sia un collegamento territoriale o personale con l'Italia sia quando tale collegamento manchi, in attuazione del principio di giurisdizione universale affermato fin dalle convenzioni di Ginevra del 1949 in alternativa alla consegna dell'accusato allo Stato che intenda procedere penalmente nei suoi confronti. È da augurarsi che la legge venga approvata al più presto ai fini di un completo adeguamento del nostro ordinamento agli obblighi internazionali che gli derivano dal diritto internazionale consuetudinario e convenzionale e di un dialogo efficace e ordinato tra giudici italiani, internazionali e stranieri in una materia che è di interesse primario per l'intera comunità internazionale.

Corte di Cassazione italiana e Corti europee

di Vincenzo Carbone

Buongiorno, buongiorno a tutti, partecipo volentieri a questi dibattiti, perché in ognuno di noi c'è l'animo del giurista e non si può non compiere una riflessione su quelli che sono i compiti del giurista.

Prima cosa importante! Mi è stato dato il titolo di Eccellenza, ma francamente non lo accetto, perché tengo a ribadire che il magistrato qui presente, Primo Presidente della Corte di cassazione, è un magistrato come tutti gli altri.

Seconda cosa importante! Quando uno comincia a studiare e fa il giurista, deve pensare quali sono i propri compiti. Fare il giurista non significa soltanto andare a fare la spesa, dormire, mangiare eccetera; richiede prima di tutto una attività anche intellettuale più che complessa.

Questa mattina è stato citato “Lo spirito del diritto romano” di *Jhering*, anzi di *von Jhering*, perché l'opera è richiamata nella prefazione redatta da Benedetto Croce a “La lotta per il diritto” dello stesso Autore, nell'edizione del 1932, pubblicata da Laterza, come monito contro l'ormai vincente nazionalismo giuridico. Io ritengo utile ricordare anche un'altra celebre opera del grande giurista tedesco: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (*Serio e faceto nella giurisprudenza*).

In un passo di questo celebre libro *Rudolf von Jhering* sogna di andare in paradiso e di diventare (lo sto raccontando in una maniera più semplificata) giurista; incontra una specie di San Pietro, al quale chiede: cosa devo fare per diventare giurista? E l'altro risponde: Bene, c'è la macchina spacca capelli, c'è un capello, lo devi spaccare in 999 parti. E a sua volta *von Jhering* domanda: ma poi divento giurista?. No, risponde il vecchio, non basta. Ogni capello va fatto in altre 999 parti. A questo punto *von Jhering* si sveglia e dice: no, preferisco non fare il giurista in questo modo, ma vivere concretamente ed operare, non spaccare capelli.

Il discorso è proprio questo. Oggi si è pienamente consapevoli del fatto che la giurisprudenza non è soltanto, l'applicazione meccanica di una semplice norma per risolvere un caso concreto. La soluzione anche del singolo caso ha un riflesso esterno, anche un riflesso economico sulla affidabilità del Paese e sul problema degli investimenti, non è solamente la decisione su Tizio e Caio. In ogni processo, chiunque sia il giudice che deve intervenire, c'è un frammento di tante verità e la decisione non riguarda soltanto le parti coinvolte nel singolo processo, perché opera non solo *inter partes*, ma *erga omnes*. Dobbiamo pensare questo quando facciamo il nostro mestiere.

E veniamo alla seconda riflessione sul problema.

Nel momento in cui il giurista si occupa di qualche cosa, trova per lo più una disposizione fatta dal legislatore. Noi, per intenderci, dobbiamo fare una piccola distinzione tra disposizione e norma. Disposizione è quella che fa il legislatore, norma è quello che la disposizione è divenuta. Pensate, per esempio, ad un Luigi XIV, ad un bellissimo mobile fatto all'epoca da un artigiano qualsiasi che poi col tempo si è invecchiato, si è abbellito, è diventato un pezzo di antiquariato, o un quadro d'autore. Lo stesso vale per la norma giuridica¹.

La disposizione originaria fatta dal legislatore diventa norma attraverso l'interpretazione. Guardate che non si tratta soltanto di esaltare l'importanza dell'interpretazione: si tratta del diritto vivente (*das lebende Recht*).

Fornisco due esempi: uno è il povero Napoleone che, quando vide le prime interpretazioni del suo codice, si mise le mani nei capelli e disse “*mon code este perdu*”, il mio codice è perduto, tutti lo interpretano, che disperazione! È una disperazione comune a tutti gli autocrati.

A tale riguardo, pensate, per fare un esempio, all'opera della Corte costituzionale, che non dichiara la disposizione incostituzionale per come è scritta, ma per come è interpretata; il che dimostra che l'interpretazione aggiunge un tassello rilevante a ciò che è la semplice disposizione.

Potrei fare delle citazioni. C'è un passo di *Emilio Betti* a pag. 17 di quel meraviglioso libro sull'interpretazione del '48 *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, Milano, 1948, che successivamente è diventata “*La teoria generale dell'interpretazione*”: “il diritto non è, ma si fa”, testuali parole.

Virgilio Andrioli, altro grande giurista e processualista eccelso, ripeteva spesso che quello che non fa il legislatore, lo fa il giudice, se è capace. Se è capace! Se voi pensate a tutto questo, comprenderete bene anche che noi cominciamo un bel mattino ad applicare una norma e poi questa opera di interpretazione crea un principio².

Questa è la funzione della giurisprudenza: quando uno bussava alla porta, la norma, se ce l'ho, la applico, altrimenti la ricostruisco.

C'è l'analogia *legis* e quella *iuris*, ci sono i principi generali costituzionali, si ricorre anche, nella nuova dimensione del dialogo tra le Corti, al diritto straniero per ricostruire il diritto interno; non voglio citare i casi specifici ma voi capite bene ov-

¹ Questo è il problema; se la giurisprudenza si sa muovere, passiamo dalla bottega del rigattiere al museo, i pezzi sono gli stessi, però sono messi con criterio, con ordine, con eleganza, se volete anche con un'illuminazione adeguata. Questa è la giurisprudenza, se sa fare il suo mestiere.

² Noi siamo chiamati ad interpretare la norma, perché dobbiamo risolvere un caso concreto. C'è qualcuno che ha bussato alle porte della giustizia e vuole una soluzione. Quindi, più che un'applicazione della norma, il compito del giudice è evitare una lite, superare un contrasto. Ricordate? *Ne cives ad arma ruant*; lo abbiamo studiato in diritto romano.

viamente a cosa mi riferisco in un momento così delicato. Io non posso dire: manca la norma, non rispondo al cittadino perché non c'è una norma; è un compito fondamentale del giudice dare una risposta concreta.

Basti riflettere su alcuni istituti-cardine del nostro ordinamento, in cui si evidenzia l'evoluzione tra:

- “la proprietà” (terriera) e “le proprietà” (care a *Pugliatti*), con l'emergere della proprietà edilizia, di quelle industriali, del diritto di autore, delle attività cinematografiche e della Tv;
- “la famiglia legittima” e “le famiglie” (di fatto, economica, non più *more uxorio*);
- “la filiazione” legittima nel contesto del matrimonio e “le filiazioni” fuori dal matrimonio (anche da rapporto adulterino o incestuoso con la precisazione, finalmente, che l'anomalia del rapporto uomo-donna non debba ricadere sull'innocente e inconsapevole nascituro);
- la “*patria potestas*” e la “bigenitorialità” (legge 8 febbraio 2006, n. 54);
- “la successione” e “le successioni”, con l'attenzione ai patti successori;
- “il contratto” tra soggetti in posizione paritaria, come i gentiluomini o i borghesi, e “i contratti”, come quello tra produttore mondiale e dipendenti e consumatori sparsi in tutti i paesi, o sostituendo il “consumatore planetario” all'“acquirente locale”;
- il risarcimento del danno aquiliano (dall'originaria limitazione ai diritti reali) e i risarcimenti del danno esteso alla tutela dei diritti di credito e poi degli interessi diffusi (caso Italia nostra del 1978), degli interessi legittimi fino alla lettura costituzionale del danno non patrimoniale esteso ai valori costituzionali.
- “la società” nata con scopo di lucro (art. 2247 c.c.) – tutelata dal c.c. 1942, a differenza delle altre persone giuridiche, i cui limiti (art. 12 e art. 17) sono stati rimossi solo con leggi recenti (l. 15.5.1997 n.127 e d.p.r. 10.2.2000 n. 361) – e “le società”, nelle loro infinite tipologie, in cui la struttura sociale che rende il titolare in una posizione meno responsabile, anche sotto il profilo delle conseguenze patrimoniali rispetto alla persona fisica è utilizzata per scopi diversi da quello originario e codicistico.

E la “pluralizzazione” non si ferma entro i confini del diritto civile, ma si estende anche a quello pubblico: dallo Stato ai soggetti che compongono la Repubblica nel nuovo art. 114 Cost., dall'Amministrazione pubblica alle “pubbliche amministrazioni”, dall'“interesse pubblico” alla pluralità di “interessi pubblici”, statali e locali, non sempre coerenti tra di loro, mediati dal procedimento amministrativo.

Preferisco ricorrere alla letteratura greca per non citare le roventi vicende del nostro quotidiano.

C'è una bellissima commedia di *Menandro* che si chiama *Epitrepontes*, se volete anche “dell'arbitrato”. L'Autore ci racconta di un litigio tra due persone *Sirisco* e

Davo, che avevano trovato un bambino e dei gioielli e litigavano perché uno voleva solo i gioielli, l'altro diceva: io mi piglio il bambino, ma mi devi dare i gioielli. La cosa divertente è l'intervento di *Smicrine*, il saggio del villaggio, il quale dice: io sono disposto a risolvere la lite a patto che poi non litigate più. Il bellissimo passo di *Menandro* sottolinea che i gioielli non erano un frutto spontaneo del bosco, erano gioielli fatti dall'oro che la mamma aveva lasciato vicino al bambino, perché voleva che chi si fosse preso il bambino prendesse anche i gioielli.

La decisione di *Smicrine* è questa: chi si prende il bambino, ha diritto anche ai gioielli, e così fu fatto e non se ne parlò più.

Non c'è una norma, non è che a quel punto hanno dovuto trovare una norma, aspettare che il legislatore facesse, diciamo, un testamento biologico per il bambino oppure per quanto riguarda i gioielli. È chiaro il discorso, il discorso che abbiamo fatto di recente con una decisione che ha suscitato tante polemiche: la giurisprudenza ha il compito di risolvere la lite ed evitare che i cittadini continuino ulteriormente a litigare.

Vi è ancora un'altra questione da affrontare sempre a proposito della giurisprudenza: la giurisprudenza non è sempre la stessa, opera diversamente a seconda delle tipologie di contrasto.

Mi spiego meglio. Il cittadino può dire: non mi sta bene la tassa che mi ha imposto lo Stato, non mi sta bene l'azione penale che mi fa lo Stato, non mi sta bene la disposizione del Comune, della Regione o dello Stato ecc.; è una giurisdizione sull'atto, c'è un atto al quale il cittadino si ribella.

Un altro settore, *ganz verschieden*, completamente, diverso, è la giurisdizione sul rapporto di due cittadini in lite tra di loro. A questo punto lo Stato istituisce un giudice per risolvere la controversia.

A noi ciò sembra ovvio, ma la storia ci dimostra che non è sempre stato così; i litiganti si accordavano fra loro e con gli arbitri, arbitri bravi, per es. *Bartolo da Sassoferrato*, *Baldo degli Ubaldi*.

A quel tempo, avevano veramente arbitri bravi, ma non vi era pagamento a carico dello Stato; era una giustizia tra le parti, una giustizia civile per antonomasia. Pensate che in Francia c'erano 13 Parlamenti e il povero Luigi XIV ogni tanto mandava delle *ordonnances* che quelli rifiutavano e dicevano: "tanto noi decidiamo su rapporti tra privati, non ci interessa lo Stato". Napoleone volle unificare tutti i rapporti e pensò di far pagare i giudici dallo Stato, tutti i giudici, anche quelli civili; questa è la *Loi* del 1810. Si unificarono quindi anche le giurisdizioni sull'atto (penale, tributario, amministrativo) e quella sul rapporto attraverso l'intervento del legislatore, ma quei rapporti sono rimasti ontologicamente diversi anche nell'interpretazione.

Infatti, una cosa è la giurisdizione sull'atto, altra cosa quella sul rapporto; tanto è vero che quando i giudici amministrativi hanno voluto abbandonare la giurisdizione

sull'atto e occuparsi anche del risarcimento del danno, dopo la sentenza 500/99, si sono trovati a dover applicare norme civilistiche, perché, trattandosi di danno, era giurisdizione sul rapporto e non più giurisdizione sull'atto.

E questo è il punto fondamentale: il diritto cammina col tempo, cioè deve rispondere alle esigenze del tempo, il diritto si evolve secondo le esigenze sociali della società che si sviluppa; ma il diritto segue anche la società. Che cosa è vero in tutto questo? È vero che noi viviamo le epoche storiche e non ci rendiamo conto che la stessa norma viene interpretata diversamente a secondo delle epoche storiche.

Questo che cosa significa, da che dipende? Dipende dalla questione di fondo: la norma giuridica è fatta dall'uomo per l'uomo. Non esiste un diritto immutabile, ma un diritto che cambia, secondo i popoli, le zone, i territori³.

Il diritto nasce proprio nel rapporto tra gli uomini, cioè le regole giuridiche non sono né quelle morali e neanche quelle delle leggi fisiche, chimiche, che sono universali, almeno nel senso comune, Popper permettendo.

Potete cambiare territorio, le leggi fisiche valgono lo stesso e invece le norme giuridiche no. Volete un esempio concreto? Quando cerco di comprendere il diritto civile degli altri Paesi europei, mi trovo di fronte per esempio al problema del divorzio, che in Italia è stato introdotto nel 1970; lo sapete benissimo, con una grande battaglia.

In Francia vigeva tranquillamente dal 1804, poiché era disciplinato dall'art. 227 comma 2° del Codice di Napoleone. Ci si chiede allora: come mai, dal momento che Napoleone entrò in Italia, portando le truppe, portando il suo codice anche nel Lombardo Veneto e anche nel Regno delle Due Sicilie, non riuscì ad introdurre il divorzio in maniera stabile. Quel benedetto art. 227, comma 2°, del *code civil* non si poteva introdurre in Italia, perché si fermò alle frontiere. Le norme, quindi, come la storia ci insegna, vanno collegate al territorio, e non soltanto al tempo; infatti, in Francia si applicava l'art. 227, ma in Italia no!

In Italia Annibale riuscì a portare persino gli elefanti, ma l'art. 227 non passò. Queste cose dobbiamo avere il coraggio di dirle tra di noi per capire la nostra storia e la complessità del fenomeno giuridico, oltre che le difficoltà di armonizzare i sistemi giuridici.

Noi viviamo oggi in un'epoca di cambiamenti inauditi. La mia generazione ha vissuto ed ha molto riflettuto su alcune idee chiave dell'esperienza giuridica, che si sono profondamente mutate sotto i suoi occhi e anche con il suo contributo.

L'età della codificazione diventa egemone intorno agli anni '30, in quell'epoca si afferma sopra tutto in Italia, ma non solo in Italia, l'idea di fondo che abbiamo biso-

³ Pensate che Robinson Crusoe viveva nell'isola deserta tranquillissimo, incontra Venerdì e incomincia a dire: questo lo faccio io e questo lo fai tu; cominciano le norme giuridiche nella ripartizione dei compiti tra di loro, nasce il diritto.

gno di realizzare finalmente la codificazione prima penale poi civile, poi di procedura civile; ma pensate anche all'abolizione del codice di commercio ed al codice della navigazione.

C'è un bellissimo articolo di *Mariano D'Amelio* del 1932, *L'età della codificazione*. Il Presidente del Consiglio di Stato, si incontrava con *Finzi* al bar di via Condotti e i due si mettevano d'accordo per evitare le crisi, per superare i contrasti tra giudice ordinario e giudice amministrativo⁴.

In questo complesso periodo si dà spazio alla codificazione.

Passano trenta, quaranta anni, Irti scrive un bellissimo libro nel 1971, *L'età della decodificazione*. Oggi siamo nell'età dell'incertezza, ma non solo dell'incertezza e qua va citato *Sabino Cassese*; siamo nell'età della globalizzazione perché l'incertezza riguarda i singoli, si cerca di guardare alla globalizzazione come ad un modo per superare le incertezze dei singoli e dei singoli Stati.

Questo fenomeno epocale, come vedete, ha influenzato e continuerà certamente ad influenzare i giudici e il diritto. Per semplificare e capire bene il nostro tempo, bisogna riflettere su un problema drammaticamente elementare: se ci mettiamo d'accordo sul piano economico e quindi diamo importanza alla moneta e anche al mercato unico, alla moneta unica, facciamo allora uno Stato unitario? La risposta è naturalmente no. Però, se manca il diritto dello Stato, perché non è immaginabile uno Stato moderno universale, non basta la moneta, è necessaria una tutela giuridica della persona al di là dei meccanismi del singolo Stato nazionale, che pure continua ad operare.

Mi spiego meglio: nel nostro codice civile – era una cosa che mi preoccupava molto quando ero giovane e incominciai a studiarla – mi accorsi subito che, nell'ottica del codice, prima di tutto, era importante il patrimonio! Era così importante che una persona veniva dichiarata interdetta o inabilitata solo se aveva dei beni, perché bisognava salvare i beni; che la persona fosse interdetta e inabilitata era sì importante, ma non perché ci si voleva occupare di lei, ma perché, non essendo pienamente capace di operare in maniera oculata, doveva essere interdetta o inabilitata, affinché non dilapidasse i beni.

Questa dimensione patrimoniale del diritto dei privati cambia con la Costituzione.

Per comprendere la profonda differenza tra la *Weltanschauung* del nostro codice civile e quella della nostra Costituzione, bisogna studiare con grande attenzione i lavori preparatori di quest'ultima.

⁴ È l'epoca in cui nel 1934 viene redatto il Testo Unico sul Consiglio di Stato; è anche l'epoca in cui viene istituito il Tribunale Supremo delle Acque e il Tribunale per i minorenni; prima ancora, nel 1926, era stato istituito il Tribunale speciale per la difesa dello Stato, che operava nella famosa e famigerata Aula IV del ben noto Palazzo di piazza Cavour.

Questa mattina è stato citato *Umberto Terracini*, il giovane avvocato torinese, compagno di *Gramsci* e di *Gobetti*, allievo di *Gioele Solari*, che, condannato a ventitré anni di carcere dal Tribunale Speciale, proprio in quella famosa Aula Quarta sopra ricordata, dopo avere espiato la pena, divenne Presidente dell'Assemblea costituente e firmò, con *De Gasperi*, con *De Nicola* e con l'allora Guardasigilli *Grassi*, la nostra Costituzione.

Oltre che per quello che hanno scritto, i nostri Costituenti ci danno una lezione di senso della politica di cui oggi abbiamo grande bisogno; riuscivano ad andare d'accordo ed a scrivere insieme il Patto che ancora oggi ci lega, nonostante che avessero idee del tutto diverse, perché avevano in comune il bene del Paese e volevano fare qualcosa nell'interesse del Paese. Si combattevano aspramente, la pensavano diversamente, eppure andavano avanti insieme: stupendo!

Voglio fornire questo semplice esempio. Nei lavori preparatori risulta chiaro che, per le diverse culture e ispirazioni ideologiche, i Costituenti non riuscivano a dare un nome unico, una qualificazione giuridica unitaria, alla grande operazione giuridica e prima ancora culturale che essi intendevano compiere: rendere la persona prioritaria rispetto al patrimonio, invertendo la logica delle codificazioni, compresa la nostra del 1942. La conseguenza fu che ciascuno adottò il proprio vocabolario in funzione della propria identità: ecco come sono nati i magistrali articoli 1, 2, 3 e 4 del nostro testo costituzionale. Per i liberali il termine da usare era "*il cittadino*", come recita l'art. 3 comma I della Costituzione. Per la sinistra il termine da utilizzare era "*i lavoratori*", come sancisce l'art. 3, comma 2 (non pensate al film di Sordi, per carità, perché stiamo discutendo di cose serie). Per la parte cattolica il termine al quale ricorrere era l'Uomo, ma non più inteso come individuo soltanto, bensì come "*persona*"; è la costruzione dell'art. 2, che i nostri Costituenti, sopra tutto quelli di matrice cattolica, grazie al grande apporto del vostro *Aldo Moro*, riuscirono a compiere. Essi erano stati educati, già negli anni trenta, al pensiero di *Maritain*, grazie all'opera infaticabile di un giovane Assistente della FUCI, *Giovanni Battista Montini*, al quale, poco prima di morire, come Papa Paolo VI, toccò in sorte di celebrare il funerale proprio di *Aldo Moro*⁵.

Dalla lezione dei nostri Costituenti, come, del resto, da quella delle altre Costituzioni del secondo dopo guerra (si pensi alla *Grundgesetz* tedesca), risulta chiara l'idea che, se noi vogliamo andare in avanti in Europa, dobbiamo dare grande importanza alla persona, al *civis* europeo, perché solo se la globalizzazione si incentra anche sulla persona, potrà dare risultati positivi. Io faccio parte, perché sono il Pre-

⁵ In definitiva, l'Uomo come Persona, i cittadini e i lavoratori delimitano il ruolo del patrimonio nella nostra esperienza giuridica grazie all'opera dei nostri Costituenti, dando un nuovo significato al codice civile del 1942, del tutto diverso da quello originario.

sidente della Corte di cassazione, dell'Unione dei Presidenti delle Corti europee, in cui l'Italia, grazie anche al mio impegno, è diventata segretario di tale importante consesso⁶.

Noi tutti ci rendiamo conto che al di là dei singoli Stati, in sostanza i problemi sono gli stessi e cominciamo a capire che c'è una omogeneizzazione di fondo, che dobbiamo aiutare a fare crescere affinché si sviluppi in maniera armonica. Se i problemi sono gli stessi, perché li dobbiamo risolvere diversamente?

L'idea di fondo qual è allora? È una omogeneizzazione che tenga conto delle esigenze comuni. A riguardo i provvedimenti comunitari svolgono un ruolo importante. Quando si creano, ad esempio, i regolamenti comunitari, è bene che non siano così segmentati, di così difficile interpretazione, così contingenti e di poco respiro, tanto da creare problemi.

A noi tocca prendere atto del fatto che la giurisprudenza si evolve con il tempo e che essa non è più legata al territorio.

Tutto ciò comporta altri problemi. Questa coesistenza, questo lavorare insieme, questa esigenza di globalizzazione, se parte spontaneamente dal basso, va molto bene, se parte dall'alto deve essere ben coordinata. Di sicuro, una pluralità di organi comincia a creare dei problemi di cui vorrei sottolineare l'importanza, ma in ciò risiede il fascino dell'attuale esperienza giuridica, che si riflette nello stesso titolo del nostro Convegno: il pluralismo delle fonti, ma soprattutto i dialoghi delle Corti.

Potrei parlare a lungo della mia esperienza, ma preferisco riportarmi alle sentenze che lascio qui a disposizione dei convegnisti, lasciandole in deposito al Centro Studi CISEM, che ha organizzato il Convegno.

Quello che mi interessa far presente in questa sede è che viviamo in un momento, scusate il termine, ma va detto, di triangolazione non amorosa, ma giuridica, molte volte di conflitto giurisdizionale tra Roma, da un lato, Lussemburgo e Strasburgo, dall'altra; tra Parigi, Lussemburgo e Strasburgo; tra Berlino, Lussemburgo e Strasburgo, perché sta cominciando una complessa evoluzione di queste Corti che non è contingente, ma si proietta in un futuro che non ci può ancora essere noto⁷.

⁶ Posso dare a riguardo un esempio concreto: la Corte inglese più alta in grado si è sempre chiamata *House of Lords*. Nella tradizione del Regno Unito, a differenza degli altri Paesi europei, mancava quella che, in senso proprio, possiamo chiamare una Corte di Giustizia.

Ebbene, dal 16 ottobre 2009, i componenti di questo aulico consesso sono usciti da *Buckingham Palace*, si sono trasferiti nel Palazzo di fronte ed è stata inaugurata la Suprema Corte, *The Supreme Court of the United Kingdom*; quindi, dal 16 ottobre 2009, non c'è più, nemmeno nel tradizionale Regno Unito, una Corte di aristocratici, ma una laica Corte di Giustizia, come è in tutti gli altri paesi europei. Le idee avanzano in ogni luogo grazie al confronto tra diverse esperienze!

⁷ Pensate, per esempio, alla Corte di Lussemburgo, che si è arricchita anche del Tribunale di primo grado, il quale sta guadagnando un'importanza considerevole. Pensate ancora all'altra Corte di Strasburgo, quella Corte europea dei diritti dell'uomo che sta portando avanti un discorso con una sua coerenza; discorso

Mi voglio soffermare su alcune di queste esperienze della Corte CEDU; per esempio, siamo nel 2009, sull'affare *Bossi-Cofferati*. C'è un nostro politico che offende, con una frase ingiuriosa, l'allora segretario CGIL.⁸ La frase è questa: "...la vicenda della difesa dell'art. 18 (...) è tale da avere ispirato la follia brigatista". Questa è la frase detta da Bossi nei confronti di Cofferati che la Corte Costituzionale italiana ha ritenuto essere una frase qualsiasi, detta nell'esercizio della funzione politica e che quindi non potesse essere in alcun modo rilevante e quindi non si è fatto nulla nei confronti di Bossi. Cofferati? Va a Strasburgo e riesce ad ottenere dalla Corte europea una condanna dell'Italia. Una condanna dell'Italia in cui si contesta all'Italia il fatto che l'immunità dei parlamentari sia troppo estesa e non consente un equilibrio con i diritti civili.

Ha diritto la Corte di Strasburgo a dire quanto sopra? Quali saranno le conseguenze sul nostro modo di pensare, sul nostro modo di operare? I poveri giudici italiani, che devono applicare l'art. 117 Cost., chi e che cosa devono dire? Quello che dice Strasburgo o quello che dice la Corte costituzionale?

Altro esempio! Scoppola contro Italia⁹.

Si sostiene che questo signore sarebbe stato condannato senza che il processo avesse tutto lo sviluppo necessario, perché c'era stata la contumacia, eccetera; e quindi nella decisione si dice che, tutto sommato, il giudicato della condanna all'ergastolo dello stesso signore dovrebbe essere rivisto e non dovrebbe avere esecuzione.

In parole povere, la Corte di Strasburgo afferma che il giudice non dovrebbe dare esecuzione a quella che è stata la condanna, perché il giudicato si pone su principi che sono contrari ai diritti dell'uomo. Come vedete, il problema sta diventando sempre più rilevante. Del resto, lo state vivendo anche voi a Bari con l'esecuzione della famosa sentenza Sud Fondi.

Ecco perché è importante il dialogo tra le Corti!

La nostra Corte costituzionale italiana, chiamata più volte da noi a prendere posizione su questo problema dei rapporti tra ordinamento del Consiglio d'Europa e ordinamento italiano, si è espressa in qualche modo con le due sentenze 347 e 348/2007, sostenendo che i principi della Convenzione dei diritti dell'uomo, così

fatto a 47 Stati, (la chiamiamo europea ma non è solo europea in senso stretto, perché gli Stati fondatori sono 47, queste cose vanno dette), che crea problemi di non poca rilevanza.

⁸ La Camera dei Deputati sostenne e difese l'immunità parlamentare di Bossi, impedendo al Tribunale di Roma di procedere nei confronti dello stesso. In seguito, nel conflitto tra l'istituzione giudiziaria e quella parlamentare, la Corte costituzionale rigettò il ricorso del giudice. Nel 2007, perciò, Sergio Cofferati, promosse il ricorso presso la Corte di Strasburgo che ha portato al riconoscimento del diritto all'accertamento pieno del carattere diffamatorio di quelle affermazioni da parte del giudice competente, condannando lo Stato italiano al pagamento delle spese processuali, con un risarcimento di 8.000 euro ciascuno.

⁹ CEDU 17 Settembre 2009, Affaire Scoppola C. Italie (N° 2) (*Requête N° 10249/03*).

come espressi dall'apposita Corte di Strasburgo, sono fondamentali, ma restano a metà tra i principi costituzionali in senso proprio e la legge ordinaria¹⁰.

Voglio ora citare un'altra decisione della nostra Corte costituzionale, questa volta a favore della Corte di Lussemburgo. Si tratta di due decisioni, 102 e 103/2008 che pure vi ho portato¹¹; sentenze in cui si trattava di stabilire se la Sardegna potesse imporre delle tasse sui porti turistici eccetera.

La Corte costituzionale ha rinviato la questione a Lussemburgo, in forma pregiudiziale, ponendo il problema se quelle disposizioni regionali siano o meno in contrasto con gli artt. 48 e 78 del Trattato dell'Unione. Si tratta di una decisione importante, perché la nostra Corte costituzionale, come succede anche negli altri Paesi, dovendo applicare una normativa sopranazionale e decidere in termini e con effetti che vanno al di là del diritto nazionale, si rivolge direttamente alla Corte di Lussemburgo.

Ecco che cosa significa stare in Europa! È evidente che qui stiamo giocando sul 117 della Cost.! E allora, amici cari, permettete una riflessione su tale norma.

Quando noi mettiamo le mani sull'art. 117, dobbiamo fare attenzione, perché la Costituzione è una creazione unitaria; siccome è del 1948 ed ha sessant'anni, a molti viene la tentazione di mandarla in pensione. Per ora cerchiamo almeno di non modificarla senza rendercene conto.

Al povero giurista, nel leggere l'art. 117, si rizzano i capelli, perché una norma che riguarda anche lo Stato viene introdotta di soppiatto nel titolo V, che riguarda le Regioni, sicché ora Stato e Regioni stanno insieme, in barba alla distinzione tra Titolo V e Titolo II della nostra Costituzione.

Si dice nel 117 che sia il legislatore regionale sia quello statale devono tener conto di questi principi. Allora doveva dire che quello statale è il titolo II non il titolo V, però siccome stava modificando, esce quel (pastrocchio?) tipicamente all'italiana. Dove si dice che lo Stato deve tenere conto nel legiferare non solo dei principi della Corte Costituzionale, ma anche di quelli derivanti dalla Corte Europea di Lussemburgo, quindi dai principi derivanti dalla Comunità Europea nonché degli accordi internazionali.

Si pone poi un grosso problema sugli accordi internazionali: noi facciamo accordi internazionali, li firmiamo e poi non vi diamo esecuzione.

Ne volete un esempio? Benissimo.

Abbiamo firmato quattro volte Convenzioni internazionali con le quali si affermano le pari opportunità¹². Io sono convinto da quando ero ragazzo della piena

¹⁰ Diciamo che si tratta di una soluzione che vuole accontentare tutti, vorrei dire una scappatoia, che però mette nei guai il povero giudice, che non riesce a sapere quali pesci prendere nel decidere il caso concreto

¹¹ Corte cost., 15-04-2008, n. 102 in *Dir. e Prat. Trib.*, 2008, 5, 2, 825; Corte cost., 15-04-2008, n. 103, in *Corriere Trib.*, 2008, 18, 1465.

¹² Si v. ad esempio la Convenzione adottata a New York il 18 dicembre 1979 sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 14 marzo 1985, n. 132.

parità, ma la piena parità non come pensate voi giuridica. Se andate a leggere l'articolo della Costituzione, la parità è innanzitutto morale.

È ben chiaro, ad esempio, anche nelle convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia, che i genitori scelgono il cognome da dare al nascituro e, nel sistema tedesco, c'è in proposito il Par. 1616 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB¹³.

Nonostante la ratifica italiana alla citata convenzione internazionale siamo ben lungi dall'assicurare la parità, anche sotto il profilo dell'attribuzione automatica del cognome paterno al figlio legittimo in presenza di una contraria volontà dei genitori¹⁴.

Tutto ciò porta problemi di non poca importanza, perché alcuni problemi permangono, e qua cito una bella e poderosa sentenza della Corte Costituzionale tedesca del 30 giugno 2009, in cui si afferma un principio importante¹⁵.

La questione di fondo affrontata dalla Corte Costituzionale tedesca attiene alla costituzionalità della legge di ratifica del Trattato di Lisbona, affermando che il Parlamento tedesco (il *Bundestag*) abbia rinunciato alla sovranità, piuttosto che promuovere una legge che proteggesse e rafforzasse i poteri del Parlamento nazionale.

In tal senso si pone il problema che questi Trattati, vadano in qualche modo ad impingere su quella legittimazione costituzionale nazionale che continua a verificarsi.

Fornisco ancora un altro esempio, che poi è interessante perché siccome si tratta di soldi, di materia fiscale, non può non attirare molta attenzione.

Abbiamo emesso tre sentenze, a Sezioni Unite, le 30055 56 e 57 del 2008, in materia di elusione tributaria¹⁶.

Che cosa era in pratica successo? Alcune grosse imprese segmentavano i rapporti tributari, in cui erano coinvolte, in modo da impedire l'operatività generale del principio di proporzionalità ed evitare la conseguente crescita della rispettiva aliquota.

L'alternativa era allora la seguente: si doveva fare ricorso alla disciplina civilistica in materia di causa illecita (art. 1343), di frode alla legge (art. 1344) e di motivo illecito (art. 1345) oppure si poteva parlare di elusione tributaria per violazione diretta dell'art. 53 Cost. disattendendo un'autorevole dottrina secondo la quale

¹³ Nella Repubblica federale tedesca, premesso che a norma del paragrafo 1355 del BGB, i coniugi possono optare tra la scelta di un cognome di famiglia – che può essere il cognome di uno solo dei coniugi, al quale l'altro coniuge può scegliere di aggiungere il proprio – ovvero il mantenimento dei rispettivi cognomi, il paragrafo 1616 prevede che, in questa seconda ipotesi, essi possano concordare, all'atto della nascita del primo figlio, quale dei loro cognomi attribuire alla prole.

¹⁴ Si leggano in proposito le pronunce della Corte costituzionale: Corte cost., 16-02-2006, n. 61 in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 11, 898 e Corte cost., 27-04-2007, n. 145, in *Giur. It.*, 2008, 3, 585. (aggiung. recenti pronunce Cassazione per attribuzione cognome al figlio naturale) (?).

¹⁵ BvE 2/08 vom 30.6.2009 – in http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html. Il punto di precipuo interesse è il 240.

¹⁶ Cass. civ. Sez. Unite, 23-12-2008, n. 30055 in *Corriere Trib.*, 2009, 4, 315; Cass. civ. Sez. Unite., 23-12-2008, n. 30056 in *Fisco on line*, 2009 ed in *GT Riv. Giur. Trib.*, 2009, 5, 412; Cass. civ. Sez. Unite, 23-12-2008, n. 30057, in *Corriere Trib.*, 2009, 4, 315 ed in *GT Riv. Giur. Trib.*, 2009, 3, 220.

l'art. 53 Cost. sia da considerare norma programmatica? La Corte di cassazione ha ritenuto che la citata norma costituzionale non sia da considerare norma programmatica, ma norma precettiva e che, pertanto, si doveva parlare di elusione tributaria.

Il guadagno dello Stato in conseguenza di tali decisioni è stato assai rilevante¹⁷. Ma andiamo avanti.

Abbiamo individuato alcuni punti chiave; uno è questo che vi ho detto dell'elusione tributaria, l'altro è l'art. 111 della Costituzione. Questa norma costituzionale riguarda i giudici ed è stata modificata come sapete, ma è stata modificata aggiungendo il primo e secondo comma e spostando l'originale secondo comma che è diventato settimo.

L'attuale settimo comma afferma che, contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati da tutti gli organi giurisdizionali o speciali, è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge.

Tale norma pone ora un problema enorme, perché è profondamente cambiata la situazione di fatto in cui il giudice è chiamato a rispondere alla domanda di giustizia che gli viene rivolta.

Quando io ho iniziato la mia attività, le cause pendenti in Cassazione erano meno di tremila all'anno, oggi sono oltre trentamila le decisioni che prendiamo, ma il numero dei magistrati è rimasto sostanzialmente lo stesso, anzi aspettiamo 50 magistrati dal C.S.M. ancora bloccati.

Il problema di fondo è il seguente: se il giudice debba essere sensibile ad ogni cittadino che bussa alla porta, qualunque cosa dica, anche se dica: oh mi dispiace il tempo è brutto. Faccio una causa per danno esistenziale perché sono turbato dalla mancanza di sole.

È pensabile diffondere questa idea per cui qualunque cittadino possa bussare alla porta del giudice facendo qualsiasi richiesta? Vi sono alcuni esempi chiarissimi. Quello che più mi è piaciuto: una ragazza va a farsi i capelli non da una parrucchiera qualsiasi, ma da una parrucchiera molto alla moda: paga parecchio, esce e il ragazzo non la abbraccia. Lei si sente turbata perché forse la messa in piega non è riuscita e fa causa alla parrucchiera, perché non aveva avuto l'abbraccio del ragazzo.

Noi abbiamo queste cause, amici cari, non sto scherzando. Altra causa: a Messina. Un avvocato parcheggia in divieto di sosta e viene ripreso dalla telecamera. È intelligente l'avvocato e obietta: poiché si tratta di una ripresa fotografica non è detto che stessi parcheggiando, magari stavo semplicemente sostando, sostavo per-

¹⁷ E ciò costituisce un'ulteriore riprova dell'applicazione dei principi di efficienza e trasparenza ai quali si sta ispirando la Corte di cassazione, la quale, grazie all'impegno dei magistrati e degli Uffici di cancelleria, risulta in attivo negli ultimi due anni.

ché non potevo ricevere questa cliente, una donna, a casa o nello studio e quindi l'ho dovuta ricevere in macchina.

No ragazzi, non sto scherzando, la tragedia è proprio questa!

Ma l'ultima è la più bella di tutte. In Sicilia, un Comune ha aumentato l'intensità della luce, nel senso che non è più fioca come era prima, ma è un po' più intensa. Allora, il cittadino che vive al secondo piano, vicino al lampione di illuminazione comunale, dice che questa nuova luce attira più zanzare e più luce per cui non dorme più la notte, ha un trauma da questa luce maggiore che arriva, sicché si sente legittimato a chiedere il risarcimento dei danni.

In definitiva, chiunque bussi alla porta deve avere una risposta, oppure questa risposta deve essere anche funzionale al servizio di efficienza e funzionalità e deve tener conto del contesto, perché poi, se io rispondo a tutti, rispondo tra 16 anni, tra 20 anni e ciò diventa denegata giustizia? Oppure quell'art.111 Cost., attuale 7° comma ed originario 2° comma, deve essere interpretato nel senso che giusto processo significa anche sollecita decisione? Noi abbiamo interpretato la norma in questo secondo senso, sicché l'indirizzo costante che stiamo dando alla giurisprudenza è quello che ci deve essere una tempestiva e funzionale decisione in tempi ragionevoli.

Ciò implica molte conseguenze: per esempio, che non è più possibile sollevare una questione di giurisdizione all'ultimo momento, sicché, se il merito è andato ormai avanti, non la puoi più sollevare.

Altro problema: è possibile per l'avvocato segmentare un credito di 10.000 €, fare dieci cause del valore di 1.000 € ciascuna? Certamente l'avvocato guadagna in tal modo 10 compensi, ma è legittima tale strategia processuale? Abbiamo detto di no, perché si tratta di una distorsione e di un abuso dello strumento processuale.

Altro problema ancora: è possibile emettere sentenze nell'interesse della legge? Abbiamo detto di sì. Perché quando, ad esempio, in materia cautelare, un 700 in materia di lavoro e questo viene impugnato, chi si deve pronunciare in questa seconda fase? Se il contrasto di competenza arriva alla Corte di cassazione, questa non può decidere, perché si tratta di una questione cautelare, ma in questo caso scatta il nuovo meccanismo previsto dal riformato art. 363 cod. proc. civ. delle pronunce emanate nell'interesse della legge; la Corte di cassazione è intervenuta in tal senso ben dodici volte.

Negli ultimi tempi la Corte di cassazione è risultata molto sensibile all'idea che noi chiamiamo della *traslatio*: nel senso che, quando un cittadino bussa alla porta di un giudice e questo giudice non ha giurisdizione, non gli sbatte la porta in faccia, ma dice: caro cittadino hai sbagliato, non sono io cui dovevi andare, vai dall'altra parte, e gli indica chi ha giurisdizione, senza che debba ricominciare da capo.

Quando abbiamo fatto queste prime sentenze, si è ribellata la dottrina, si è ribellata la Corte costituzionale; però poi molti giudici giovani, sia amministrativi, sia

ordinari, hanno cominciato a praticare la prospettiva di considerare il potere giudiziario soprattutto come servizio giustizia per il cittadino.

Alla fine adesso, come voi sapete, c'è la norma apposita, la legge 69 del 2009, che ha detto proprio che, quando le Sezioni unite si pronunciano sulla giurisdizione, la pronuncia è vincolante. Ma ci sono voluti anni di battaglia.

Altra cosa rilevante, sono undici sentenze sulla CONSOB: una serie di problemi tra Torino, Milano i più grandi professori italiani stanno tutti qua dentro, perché c'era questa questione, se la Consob nell'amministrare e nell'emettere le sanzioni, l'attività pregiudiziale amministrativa della Consob abbia una rilevanza esterna e quindi gli atti relativi siano impugnabili¹⁸.

Ultimo punto: l'immunità di uno Stato dalla giurisdizione: si può invocare tale immunità quando uno Stato si è comportato in modo da dare luogo a crimini internazionali? È prescrivibile quello che è successo nel caso di un cittadino qualsiasi che, siccome era piuttosto robusto, fu portato a lavorare in Germania e non pagato? Non era un problema di guerra, non c'era stato Marzabotto o altre cose, però questo cittadino, per quel fatto là, voleva i danni, voleva essere risarcito: mi avete preso, ero senza armi, non ero dipendente dell'esercito né delle forze armate, stavo camminando per la strada, solo perché ero abbastanza robusto mi avete portato a lavorare in Germania: mi volete dare qualche cosa?

Le nostre sentenze sull'argomento hanno avuto delle ripercussioni anche sulle Corti internazionali. Attualmente l'orientamento della Corte di cassazione italiana, ripreso anche da altre Corti straniere, è al vaglio della giurisprudenza di altri Paesi, poiché chiaramente uno Stato non si può nascondere dietro il paravento dell'immunità della giurisdizione, quando si è comportato in maniera poco corretta.

E veniamo ora alla parte finale della mia dichiarazione di oggi.

Ci sono pluralità di fonti, ci sono pluralità di Corti, quale è il comune metro che può portare ad evitare contrasti?

L'idea di prendere atto che il diritto cambia col tempo, anzi più con il tempo che con il territorio. Esso non è più legato a quest'ultimo. C'è un'idea di *Carl Schmitt*, il grandissimo e altrettanto inquietante costituzionalista tedesco, secondo cui il potere giudiziario era collegato al territorio. Oggi, le diverse Corti penali internazionali – ve ne sono 100 su 191 Stati – rappresentano una smentita a quel principio. Quale è il potere di queste Corti? Quale la loro funzione? Le risposte a queste domande sono fondamentali per orientarsi in tale settore.

Superato il rapporto con il territorio, diventa fondamentale il rapporto con il tempo.

¹⁸ Abbiamo affrontato questo grande problema, abbiamo dato ragione alla Consob, ma sono questioni di grandissima importanza e rilevanza in cui c'entrano banche, assicurazioni, grandi società eccetera. Lascio in deposito anche queste sentenze.

È il tempo a modellare quello che noi chiamiamo il diritto vivente.

Secondo noi tutti, rispetto al tempo in cui entrò in funzione l'attuale codice civile, il codice del '42, i concetti giuridici si sono profondamente evoluti. Oggi questa può sembrare una verità persino banale, ma il primo che di ciò ebbe piena consapevolezza fu, come tutti sapete, *Salvatore Pugliatti* con il suo saggio su la proprietà e le proprietà del 1935. Egli fu il primo a capire che persino un diritto apparentemente fisso e immutabile come la proprietà, non era tale, poiché non vi era soltanto la proprietà terriera, ma la proprietà edilizia, quella intellettuale e altro¹⁹.

Ancora un'altra riflessione: il matrimonio e i matrimoni, la famiglia e le famiglie.

Nel passato non si dubitava minimamente che l'unico matrimonio fosse quello legittimo, anzi quello fatto davanti alla Chiesa, il matrimonio concordatario; di coppia di fatto nemmeno a parlarne. Ricordo le prime cause, in applicazione della legge in materia di locazioni, in cui ci si poneva il problema della rilevanza della convivenza *more uxorio*. In realtà, fuori della famiglia legittima in senso proprio. Oggi la lunga diatriba sulla convivenza *more uxorio* appartiene al passato e si parla di famiglia di fatto.

Ma vi è di più! Per una serie di ragioni istituzionali e personali, non vivo un'intensa vita di relazioni, però anche a me capita spesso che molte persone mi presentino la prima moglie, la seconda moglie, la terza moglie, il primo marito, il secondo, il terzo marito il compagno della prima moglie o della seconda moglie ... e via di seguito. Non vi nascondo che molte volte resto allibito, ma, da giurista, dovendo rilevare e qualificare i fenomeni sociali, devo fare ricorso a categorie nuove e, quindi, non più alla categoria della famiglia di fatto, ma a quella della famiglia societaria, una *step family*, per dirla con gli Americani, tenuta insieme spesso da finalità economiche di carattere anche spiccatamente lucrativo, che permette a tutti di vivere tranquillamente insieme. Famiglia legittima, famiglia di fatto, famiglia societaria: siamo in presenza non più *della* famiglia, ma *delle* famiglie.

Andiamo ancora avanti! Questa è una vicenda che più mi colpisce emotivamente: la filiazione, le filiazioni. Io ho fatto una grande battaglia quando ero giovane, su questo, perché mi sembrava assurdo che i figli illegittimi rispondessero per non essere nati nell'ambito del matrimonio, ma al di fuori²⁰.

¹⁹ Fu il rapporto dialettico tra la proprietà e le proprietà a costituire la base della critica del libro Terzo del nostro codice, dedicato prevalentemente alla proprietà agricola, mentre alla proprietà edilizia dedica solo qualche articolo e fa riferimento ai regolamenti edilizi soltanto perché, lo sapete, nel '42 era stata fatta la legge sull'edilizia.

²⁰ Che colpa avevano questi figli? Il problema mi ha colpito molto dal punto di vista letterario, pensate non so al famoso Collodi, pensate a Filomena Marturano che diceva che i figli *so' pezze e core*, ma pensate a Topolino; il padre di Topolino era un figlio naturale e Topolino e Minnie non hanno avuto figli perché lui non voleva ricreare qualche cosa era già stato suo: era fortissima questa idea.

Superata la discriminazione verso i figli adottivi, superata ancora, nella metà degli anni settanta, la discriminazione verso i figli adulterini, per i figli incestuosi oggi è possibile la dichiarazione giudiziale di paternità, ma non il riconoscimento: il problema è stato sollevato una trentina di volte dinanzi alla Corte costituzionale. Eppure il problema, sul piano della razionalità della decisione, non è poi così difficile: il rapporto uomo-donna può essere normale, adulterino, incestuoso, ma che colpa ne hanno i figli della bigenitorialità del rapporto genitori figli, padre figlio, madre figlio, in cui passa la metà dei cromosomi, lo sapete meglio di me, 21 su 48, che colpa ha il bambino, di cui non si chiede neanche il consenso a nascere?

Una delle questioni che convinse alcuni amici della Corte costituzionale a cambiare idea su questo punto, fu questa battuta che vi voglio riproporre: quando lo spermatozoo che corre, supera tutti, quando bussa alla porta dell'ovulo, e l'ovulo apre la porta, mica dice 'documenti!', fammi vedere se sei uno spermatozoo incestuoso, adulterino o legittimo: lo fa accomodare e basta²¹.

Andiamo avanti: il contratto, i contratti.

Quando la mia generazione ha cominciato a studiare il contratto, a cimentarsi con la nozione di contratto di cui all'art.1321, con la disciplina dell'autonomia privata contenuta nell'art. 1322, o con gli effetti reali del contratto di cui all'art. 1376, dava ancora per scontata l'uguaglianza anche sociale tra i contraenti; essi erano possidenti e tale loro qualità veniva addirittura esplicitata nel contratto²².

In altri luoghi e in altri contesti socio-culturali – pensate agli Stati Uniti e all'influenza che esercita in quel Paese la weberiana etica protestante – i contraenti precisano nelle clausole contrattuali quanto pagano di tasse, perché pagare molte tasse significa avere guadagnato molto e guadagnare molto significa che la Grazia di Dio li sorregge. In ogni caso, etica protestante o solidarismo cattolico, il contratto dava per scontato l'eguaglianza sociale ed economica dei contraente, la loro effettiva omogeneità di classe.

Oggi non è più così; oggi la contrattazione è diventata di massa e coinvolge soggetti diseguali tra loro: non abbiamo un contratto, ma diversi contratti e, quindi, rapporti di scambio diversi tra loro.

Esaminiamo, sempre a titolo di esempio, i rapporti tra fornitore e compratore.

Questo problema nasce negli anni 60, con alcuni biscotti che si chiamavano Saiwa. La questione è la seguente: uno compra i biscotti Saiwa guasti. A chi fa la causa? Fa la causa al rivenditore, perché a quell'epoca non c'era questa idea di risalire al

²¹ Perché, di un rapporto turbato a monte, deve rispondere il figlio? Abbiamo impiegato tanto tempo per capire che il figlio nato fuori dal matrimonio ha gli stessi diritti di quello nato in costanza di matrimonio. Documenti: ma che scherziamo?

²² Spesso, nelle premesse dei vecchi contratti, si precisava: Tizio, Caio, possidenti, aggiungendosi, a volte, specie in alcuni luoghi del nostro Mezzogiorno, che Tizio o Caio, nella sua qualità di gentiluomo, non era in grado né di leggere né di scrivere.

produttore. Ma il rivenditore si difende con argomenti convincenti: quei biscotti li ho venduti prima della scadenza, li ho venduti sigillati, se erano guasti, ciò dipende da un difetto di fabbricazione, perché sono stati prodotti con il grasso di cammello e non con il grasso di bue. Che colpa ho io?

E comincia a nascere la responsabilità del produttore, comincia a crearsi questa catena produttore-consumatore saltando tutti i passaggi. Oggi l'ultimo rivenditore, il venditore finale, secondo l'art. 131 del D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo), quando è responsabile nei confronti del consumatore a causa di un difetto di conformità imputabile ad un'azione oppure ad un'omissione del produttore, di un precedente venditore della medesima catena contrattuale distributiva oppure di qualsiasi altro intermediario, ha diritto di regresso, salvo patto contrario o rinuncia, nei confronti del soggetto o dei soggetti responsabili facenti parte della suddetta catena distributiva²³.

Un altro esempio ancora: la società – le società. Quando io e i miei coetanei cominciammo a studiare il diritto, la società dell'art. 2247 era una società con scopo di lucro. Il legislatore del '42, la cui identità è a tutti voi ben nota, era molto chiaro: quelli che si occupano di soldi e di società devono stare tranquilli e a ciò serve la disciplina del libro V del codice. Le persone giuridiche sono, invece, un'altra cosa: non stanno nel mercato in senso proprio, sono espressione di tradizioni verso le quali la logica individualistica borghese nutre grande diffidenza, tanto che, secondo l'ormai abrogato art. 17 del codice, le persone giuridiche non potevano acquistare beni immobili né accettare donazioni o eredità né conseguire legati senza apposita autorizzazione governativa.

È successo, però, che si è modificato il sistema. Da un lato, le persone giuridiche non societarie oggi possono anche fare gli acquisti come voi sapete, possono essere Onlus e non avere scopo di lucro; dall'altro, le società sono cambiate completamente, perché il denaro non è più quello dei privati, spesso è dello Stato. Ecco che allora il contenitore resta la società privata, ma il contenuto non è più solo dei privati, ma di soldi pubblici²⁴.

Vorrei chiudere la mia riflessione, ricordando ancora una volta che il diritto muta con il tempo e porto ancora un altro esempio prima di chiudere, tratto ancora una volta dalla mia personale esperienza.

²³ Perché può rivalersi? Perché è l'anello debole della catena. L'ultimo venditore non è molto diverso da quello che è l'acquirente finale; non è un consumatore in senso stretto, perché è parte della catena distributiva, ma, economicamente e socialmente, non è il fornitore né, tanto meno, il produttore. Si afferma, nei rapporti di mercato, una dialettica nuova: non più il solo contratto, ma i diversi contratti.

²⁴ Noi continuiamo ad utilizzare il vecchio sistema societario, nato e vissuto, per quanto riguarda società, regolandolo lo scopo di lucro dei privati, ma il patrimonio delle società non è più soltanto dei privati, ma, molte volte, è, in molta parte, dello Stato. È questa un'altra delle questioni tipiche del diritto vivente.

Secondo l'art. 1175 cod. civ., sia il creditore che il debitore devono comportarsi secondo correttezza. Secondo l'opinione più diffusa ancora quando io cominciai a studiare diritto, si trattava di una norma *sui generis*. Un autore dell'epoca scrisse: è l'undicesimo comandamento. In che senso? Era ritenuta una norma senza sanzione! Se non mi comporto secondo correttezza, non c'è sanzione, quindi, per citare *Kelsen*: una norma senza sanzione è un fuoco che non arde, un lume che non splende.

Ma che ha fatto la giurisprudenza? Piano, piano, ha messo a fianco a questo principio di comportarsi secondo buona fede e secondo correttezza il risarcimento del danno, pur non essendo previsto dalla norma. E oggi il principio opera pacificamente, e non solo tra creditore e debitore, ma anche nel caso della responsabilità da contatto, nei confronti della pubblica amministrazione come nei confronti di un professionista: siamo passati dalla responsabilità da contratto alla responsabilità da contatto.

È cambiata la norma? No. È sempre la stessa. È cambiata l'interpretazione giurisprudenziale. Ma non dovete pensare alla sola interpretazione dei magistrati. L'interpretazione è frutto del proprio tempo²⁵.

Ecco altri esempi semplicissimi e significativi. Come è nato il problema del consenso informato? Nel 1985 una signora che voleva aumentare il proprio seno dalla taglia due alla taglia sei – ho esagerato, ma non fa niente – va dal medico e il medico le assicura che si può fare ma non le dice che sarebbe rimasta una cicatrice; almeno così era all'epoca, oggi non più.

Succede che alla signora restano due cicatrici. A causa del proprio seno ingrandito, ma con le cicatrici, la signora lamenta la perdita di clienti e chiama in giudizio il medico. In primo e secondo grado vince il medico; la Cassazione parte da un altro punto di vista e dice al medico: potevi avvisare la signora che sarebbe rimasta la cicatrice! Tu sei un professionista, la signora, invece, era completamente ignara delle conseguenze dell'intervento.

Sulla base di tale ragionamento viene condannato per la prima volta il medico per il consenso informato. Il consenso informato nasce, diciamo se volete, da un semplice piccolo graffio di cucitura sul seno di una signora.

Del resto, come è nato il problema dell'anatocismo bancario? È nato da un avvocato musulmano che passa dal banco musulmano alla banca cattolica e gli dicono che deve pagare con differenza tra tasso attivo e tasso passivo. L'avvocato musulmano accetta tale differenza. Quello che non accetta il musulmano è che, mentre l'attivo per la banca viene calcolato ogni tre mesi, il suo passivo sia calcolato ogni anno. L'avvocato musulmano non discute la differenza di trattamento tariffario tra attivo

²⁵ È il cittadino che bussa alla porta; la porta gli viene aperta, se trova un avvocato intelligente che sa bussare e, naturalmente, se trova un magistrato non rimbambito, che ritiene suo dovere risolvere il problema che gli si pone.

e passivo, quello che discute è che venga esaminato e quindi capitalizzato in periodi di tempo diversi.

E la Corte di cassazione gli dà ragione! Quindi la giurisprudenza non è fatta solo dal giudice, è fatta dalla domanda intelligente che uno fa al giudice. Il giudice, se è capace, risponde. Questo è il discorso che dobbiamo fare oggi, ma lo si fa col tempo perché il tempo crea questo diritto vivente che viene riportato in un momento di pluralismo delle fonti ad un diritto europeo e sovranazionale che cammina col tempo e che deve assolutamente vedere tutti quanti noi impegnati a soddisfare, a tale livello, l'eterna esigenza di coerenza sistematica dell'esperienza giuridica.

Ho raccontato dei casi, ma, mentre parlavo, cercavo di fare passare un messaggio. Non ci sono riuscito, perché forse non ne sono capace.

Cerco di trasmettere il messaggio, ricorrendo ad una citazione, tratta dal *Faust* di Goethe, per la precisione, tratto dalla Scena del Libro I (vv. 1669 ss.), in cui *Faust* e *Mefistofele* stipulano il celebre patto. Mentre i due discutono nello studio di *Faust*, uno studente, come è destino degli studenti di tutti i tempi, attende nel corridoio che il professore si liberi e possa riceverlo. *Mefistofele* convince *Faust* a fare entrare lo studente e a sostituirsi al professore nel colloquio, sicché lo studente crede di parlare con *Faust*, l'Uomo, "... che tutti nominano con venerazione", ma in realtà parla con *Mefistofele*.

Il Diavolo, naturalmente, non si smentisce nel dialogo con l'ingenuo studente e gioca con lui come il gatto con il topo. Ma vi sono due passaggi del colloquio, che risultano molto utili per il nostro discorso.

Il primo passaggio riguarda il corso preliminare, che viene consigliato allo studente prima di scegliere la Facoltà. "Mio caro amico, vi consiglio in primo luogo il corso di logica", suggerisce *Mefistofele* al volenteroso studente. E ciò perché "... la fabbrica dei pensieri è simile ad un bel lavoro eseguito dal tessitore al telaio dove un colpo del piede mette in movimento mille fili. Le spole vanno rapide in qua e in là, i fili scorrono invisibili, ed un solo colpo genera mille maglie".

Il secondo passaggio riguarda la scelta della facoltà. "Ma ora scegliete una facoltà!" chiede *Mefistofele*, travestito da *Faust*, allo studente. Lo studente, riprendendo la vicenda autobiografica del poeta, costretto dal padre a studiare giurisprudenza contro voglia: "Non mi so adattare a studiare Giurisprudenza!" E *Mefistofele*: "Non ve ne posso fare una gran colpa. So come vanno le cose in questo insegnamento. Si ereditano leggi e diritti come un'eterna malattia. Si trascinano di generazione in generazione e si spostano lentamente di paese in paese. La ragione si trasforma in un assurdo, il bene in un tormento. Te infelice che sei un discendente di tali padri! Del diritto che nasce con noi non si fa, purtroppo! mai parola."

Questi due passaggi, che sono tratti da una delle pagine più alte della poesia di tutti i tempi, assumono per noi un significato diverso da quello che attribuivamo

loro trenta o quaranta anni fa. Noi, oggi, coinvolti in questo affascinante pluralismo di fonti diverse e partecipi di questo dialogo universale tra le Corti, non ci sentiamo infelici perché siamo discendenti dei nostri padri, ne siamo anzi perfettamente consapevoli, perché sappiamo che leggi e diritti non si trascinano, ma si trasmettono di generazione in generazione, trasformandosi nel tempo, e si spostano non più lentamente, ma ormai vorticosamente di paese in paese. Il risultato di tale complesso adattamento può però non essere un assurdo né, tanto meno, un tormento, perché quel diritto che nella visione ancora illuministica del poeta è il diritto innato e, cioè, il diritto naturale, non è più estraneo al diritto positivo e in antitesi con esso, ma si è giuridicizzato nelle Costituzioni e nelle Convenzioni sovranazionali per diventare la fonte sovraordinata di ogni soluzione legislativa e giuridica in senso lato e criterio di valutazione della giustizia delle leggi e del diritto.

Anche questa nuova esperienza giuridica, però, come le altre che l'hanno preceduta, ha bisogno di ordine sistematico, perché, diversamente, non si crea alcun tessuto normativo, sicché, oggi più che mai, il giurista ha bisogno di qualificati corsi propedeutici di logica. I consigli di Mefistofele restano, pertanto, di grande utilità.

Il ruolo della giurisdizione europea per lo sviluppo del diritto tedesco

di Wolfgang Grunsky

1. Lo sviluppo del diritto come funzione della giurisprudenza

Secondo il concetto classico della divisione tra i diversi poteri statali, la giurisprudenza si deve limitare a realizzare caso per caso ciò che il legislatore ha stabilito in una norma astratta.

Il ruolo del giudice è quello e soltanto quello di una «*bouche de la loi*».

Nel frattempo sappiamo tutti che questo concetto restrittivo non corrisponde alla realtà sociale poiché parte dall'idea che la legge regola tassativamente e in un modo che non lascia spazio a equivoci interpretativi tutti i conflitti ipotizzabili. Invece oggi è riconosciuto che la legge non è in grado di fornire un programma completo ed esauriente per la soluzione di tutti i conflitti sociali, spesso manca una legge per un conflitto (caso) concreto. Inoltre è un fenomeno diffuso che l'interpretazione di una legge è connessa con particolari difficoltà per la cui soluzione non basta una mera «*bouche de la loi*», ma richiede invece un cervello giuridico dotato di fantasia e la dominanza dell'intero ordinamento in modo che il giudice è in grado di sviluppare una interpretazione che si inserisce nell'ordinamento senza creare contraddizioni.

Visto che il giudice non può rifiutarsi di decidere un conflitto che gli è sottoposto per mancanza di una legge chiara ed inequivocabile, è facile concludere che lo sviluppo e l'evoluzione del diritto entra fra i compiti della giurisprudenza.

Il giudice è tenuto sia a colmare le lacune legislative sia a chiarire il contenuto di leggi che non sono univoche e di contribuire in tal modo ad una evoluzione unitaria dell'ordinamento. Basta ricordare la funzione della Corte di Cassazione, dove sia nel diritto tedesco, sia in quello italiano, la Legge prevede espressamente il compito della Corte di assicurare una interpretazione delle Leggi e uno sviluppo del Diritto che sia uniforme per l'intero Ordinamento.

2. Giurisdizione per l'evoluzione del diritto

L'evoluzione del diritto e la formazione di nuovi principi giuridici, si svolgono sempre all'interno di un ordinamento giuridico.

I nuovi principi e le regole per l'interpretazione della Legge si basano sul diritto preesistente nell'ordinamento e debbono essere conformi con le figure giuridiche tradizionali del singolo ordinamento. Da ciò segue la necessità che l'evoluzione del diritto normalmente venga effettuata da giudici che sono esperti del singolo ordinamento della cui evoluzione si tratta. Soltanto così è garantito che l'evoluzione si svolga in conformità con i principi dell'ordinamento in cui una lacuna deve essere colmata, oppure un'interpretazione della Legge chiarita.

Diversa è la situazione quando non si tratta di una evoluzione del diritto esclusivamente interno secondo criteri nazionali, ma quando la necessità di un'evoluzione del diritto nazionale risulta dall'esistenza di un diritto internazionale che precede il diritto nazionale e costringe il diritto nazionale ad un adattamento al diritto internazionale precedente.

In una tale situazione il necessario adattamento del diritto nazionale e la necessaria evoluzione di tale diritto non può essere lasciato ai giudici dei singoli Stati membri, altrimenti esisterebbe il pericolo che la voluta uniformità dell'interpretazione del diritto internazionale non venga raggiunto e che invece si abbia il risultato di una pluralità di interpretazioni del diritto internazionale, mancando così l'uniformità del diritto internazionale che è proprio il suo scopo.

Questa è proprio la situazione nell'ambito del diritto comune europeo. Tale diritto precede i diritti dei singoli Stati membri. Per garantire la conformità del diritto comune europeo con il diritto di tutti gli Stati membri è dunque necessaria una competenza esclusiva della Corte di Giustizia per la decisione sull'interpretazione del Trattato UE e sulla conformità delle norme nazionali con il diritto comunitario.

3. Il procedimento di pregiudizialità secondo l'art. 234 Trattato UE

Il mezzo giuridico con cui si concentra l'interpretazione del diritto europeo presso la Corte Europea è il procedimento di pregiudizialità secondo l'art. 234 Tratt. UE.

In parole esemplificative costringe il giudice nazionale a rivolgersi alla Corte di Giustizia Europea quando in un processo davanti al giudice nazionale è sollevata una questione sull'interpretazione del trattato UE, oppure sulla validità e l'interpretazione di atti compiuti dalle istituzioni della Comunità.

Da sottolineare è in particolare la necessità di adire la Corte di Giustizia per chiarire la portata di un decreto o di una direttiva emanata dal Consiglio.

Vista la vasta emanazione di direttive, il lavoro principale della Corte di Giustizia oggi riguarda l'interpretazione di direttive e la loro compatibilità con il diritto nazionale (o meglio la compatibilità del diritto nazionale con le direttive).

La competenza della Corte di Giustizia in un tale procedimento di pregiudizialità si limita sulla questione di diritto europeo, cioè la Corte non decide la causa. Tale

decisione spetta alla Corte nazionale che si è rivolta alla Corte di Giustizia. La corte nazionale è però vincolata alla decisione della Corte di giustizia sulla questione pregiudiziale sul diritto europeo.

Per capire la portata della giurisprudenza europea per lo sviluppo del diritto tedesco, bisogna tener presenti gli effetti di una decisione della Corte di Giustizia. Anche se in questo campo (del diritto) certe particolarità sono ancora in discussione, può essere sostenuto che gli effetti della decisione vadano parecchio al di là degli effetti normali di cosa giudicata.

Tali effetti si limitano al processo concreto e alle parti concrete in questo processo. Anche le decisioni della suprema Corte nazionale non vincolano i giudici nazionali in processi futuri in cui la stessa questione deve essere decisa nuovamente.

Le decisioni della Corte di Giustizia invece vincolano i giudici nazionali, nel senso che debbono nuovamente rivolgersi alla Corte di Giustizia se non vogliono osservare l'interpretazione della stessa Corte di Giustizia (questo vale perlomeno quando la questione è sollevata in un giudizio pendente davanti alla giurisdizione nazionale, avverso la cui decisione non è ammesso un ricorso giurisdizionale secondo il diritto interno). Dogmaticamente forse non si tratta di una efficacia della decisione *erga omnes*, ma di fatto gli effetti della decisione equivalgono a un tale effetto. Questo significa che il giudice nazionale in futuro non può più applicare la sua legge interna secondo l'interpretazione interna, ma deve decidere invece una singola causa futura sulla base di una vecchia decisione della Corte di Giustizia.

Anche se il diritto comunitario non prevede nessun obbligo del legislatore nazionale di adeguare il tenore della legge alla decisione della Corte di giustizia, perlomeno in Germania, un tale adeguamento è la normale reazione del nostro legislatore per garantire che il tenore della legge sia in concordanza con l'effettiva situazione giuridica creata dalla Corte di Giustizia.

4. Recenti ipotesi per una modifica del diritto tedesco causata dalla giurisdizione della Corte di Giustizia

Dal momento dell'entrata in vigore delle disposizioni sul procedimento di pregiudizialità fino ad oggi, esistono numerosi esempi di modifiche della legge interna tedesca attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia in giudizi in cui corti nazionali (in particolare, ma non esclusivamente la Corte di Cassazione) si sono rivolti alla Corte di Giustizia per chiarire questioni di conformità della legge nazionale con il diritto comunitario, con il risultato che la Corte di Giustizia ha deciso nel senso di un'incompatibilità del diritto nazionale con quello comunitario. In primo luogo tali decisioni riguardano il diritto delle obbligazioni, campo in cui la comunità ha iniziato e realizzato numerose riforme (in particolare nel campo della tutela del consumatore)

Nel breve tempo che ho a disposizione non mi è possibile delineare un quadro completo delle più importanti modifiche del diritto tedesco causate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Mi limito invece a due esempi recenti di notevole importanza che hanno condotto a vaste discussioni in Germania.

a) Il primo esempio riguarda una questione relativa ad un caso di compravendita di una cosa difettosa ad un consumatore, nella quale ci si domanda se, nel caso di restituzione della cosa difettosa, il compratore sia tenuto a pagare al venditore un indennizzo per il godimento della cosa difettosa per il periodo fra la fornitura della cosa e la sua restituzione, contro la sostituzione con una cosa esente da vizi.

In concreto si trattava della fornitura di un fornello venduto dalla famosa ditta di vendita per corrispondenza “*Quelle*” (che nel frattempo è fallita). Nel periodo di garanzia si rompeva il forno e la compratrice chiedeva alla “*Quelle*” la fornitura di un nuovo fornello esente da vizi. Il nuovo fornello venne fornito senz’altro, ma la “*Quelle*” insisteva in un pagamento di un indennizzo per il godimento del fornello difettoso da parte della compratrice. Secondo il diritto tedesco un tale diritto spettava alla “*Quelle*”; era però problematico se tale soluzione fosse compatibile con la direttiva 1999/44/CE.¹

Per questa possibile incompatibilità della legge tedesca con la direttiva, la Corte di cassazione tedesca si rivolgeva alla Corte di Giustizia chiedendo una interpretazione autorevole e vincolante della direttiva². Con sentenza del 2008, la Corte di Giustizia decideva che ogni pretesa finanziaria del venditore nell’ambito dell’adempimento del suo dovere di creare una situazione della cosa venduta conforme al contratto era esclusa e che la legge tedesca dunque era in contrasto con la direttiva³.

Nel frattempo la Corte di cassazione tedesca ha respinto la domanda della “*Quelle*” con una motivazione abbastanza interessante⁴. Anche se dal tenore della legge tedesca e dalla volontà del legislatore risulta inequivocabilmente un diritto del venditore ad un pagamento di un indennizzo per il godimento della cosa difettosa, la Corte di cassazione ora argomenta con una interpretazione della legge tedesca conforme alla direttiva. Mette in risalto che il legislatore tedesco con la formulazione del testo della legge voleva realizzare completamente un regime giuridico in piena conformità con la direttiva. Per un errore ha sbagliato in questa sua intenzione. Questo

¹ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 25 maggio 1999, (1999/44/CE), su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo (GU L 171, pag. 12).

² BGH, decisione del 16 agosto 2006, VIII ZR 200/05, in *NJW*, 2006, 3200.

³ Corte di Giustizia CE, 17 aprile 2008, Causa C-404/06, in GU C 310 del 16.12.2006. Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Bundesgerichtshof* – Germania – *Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*.

⁴ BGH, sentenza del 26 novembre 2008, VIII ZR 200/05, in *NJW*, 2009, 427.

errore, secondo la Corte di cassazione, può e deve essere eliminato attraverso un'interpretazione della legge conforme alla direttiva.

Metodologicamente questa via d'uscita non sembra al di sopra di ogni dubbio. Anche se si riconosce la legittimità della figura di un'interpretazione conforme alla direttiva che permette in casi di dubbio di coordinare la legge nazionale con la direttiva, una tale interpretazione presuppone un "dubbio" nell'interpretazione della legge nazionale. È invece esclusa la modifica di una legge chiara e precisa per il solo motivo che sia in contrasto con una direttiva. Valgono gli stessi principi che limitano le possibilità di una correzione della legge attraverso una interpretazione conforme alla costituzione.

Per il futuro queste considerazioni però si sono sistemate da sé, visto che il legislatore nel frattempo ha adattato la legge alla direttiva, eliminando così la contraddizione tra la direttiva e la legge nazionale.

b) Il secondo esempio per l'importanza della giurisdizione della Corte di giustizia per il diritto nazionale tedesco è ancora più recente ed inoltre fin'ora non chiuso: riguarda la competenza internazionale per azioni revocatorie nel fallimento (*actio pauliana*) in casi che secondo il decreto europeo del 29 maggio 2000 cadono sotto la giurisdizione di un certo Stato membro perché il fallito in questo Stato ha il centro dei suoi affari economici (*COMI-center of main interest*)⁵.

Il problema è quello di stabilire se dalla competenza per l'apertura della procedura fallimentare segue anche la competenza per le azioni revocatorie. L'alternativa sarebbe una competenza secondo il diritto interno dello Stato che ha aperto la procedura fallimentare, oppure secondo il decreto europeo sulla competenza ed il riconoscimento di decisioni in materia civile e commerciale, che spesso condurrebbe ad una diversa competenza internazionale invece che l'affermazione della "competenza COMI".

Il problema prendeva l'avvio in un caso di un fallimento tedesco nel cui corso il procuratore propose un'azione revocatoria contro una ditta belga con sede in Belgio. Visto che il diritto tedesco non prevede una competenza speciale per le azioni revocatorie, competente sarebbe il giudice del luogo in cui il debitore ha il suo domicilio oppure la sua sede, cioè il giudice belga.

Con decisione del 21 giugno 2007,⁶ la Corte di cassazione tedesca si rivolgeva alla Corte di Giustizia con la questione se, secondo il diritto comunitario, esista per

⁵ La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione dell'art. 3, n. 1, del Regolamento (CE) del Consiglio 29 maggio 2000, n. 1346, relativo alle procedure di insolvenza (GU L 160, pag. 1), nonché dell'art. 1, n. 2, lett. b), del regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 2001, L 12, pag. 1).

⁶ BGH, decisione del 21 giugno 2007, IX ZR 39/06, in NJW 2007, 2512.

le azioni revocatorie una giurisdizione esclusiva del giudice di apertura del procedimento fallimentare. Con sentenza del 12 febbraio 2009, la Corte di giustizia affermava una tale giurisdizione con il risultato che competente per l'azione revocatoria fosse soltanto il giudice tedesco del luogo di apertura del procedimento e non invece il giudice belga⁷.

Tale risultato per il diritto tedesco comporta strane conseguenze: se il convenuto dell'azione revocatoria ha domicilio o sede in Germania, non si applica il diritto comunitario il che significa che competente è il giudice del luogo di domicilio o della sede del convenuto e non invece il giudice dell'apertura del procedimento fallimentare. Valgono i criteri normali del diritto tedesco per stabilire la competenza locale che – come già detto – non conosce una (alcuna) *vis attractiva concursus* del tribunale fallimentare.

Se invece il convenuto dell'azione revocatoria ha domicilio o sede in un altro Stato membro della comunità europea, è applicabile il diritto comunitario con il risultato della competenza del giudice che ha aperto il procedimento fallimentare.

Tali differenze fra un fallimento meramente nazionale ed uno internazionale, difficilmente sembrano accettabili. Senza voler fare il profeta, sembra dunque probabile che il legislatore tedesco come reazione alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, a breve modificherà il diritto interno nel senso di una estensione della competenza del tribunale fallimentare, facendo rientrare in tale competenza anche la competenza esclusiva per azioni revocatorie.

5. Conclusioni

Anche se a causa del tempo ristretto a mia disposizione ho dovuto limitarmi a pochi esempi spero di essere riuscito a far capire l'assai rilevante ruolo della giurisdizione europea per lo sviluppo del diritto tedesco.

Al fine di evitare contraddizioni tra il diritto nazionale e quello comunitario, il legislatore è tenuto, in tutti i casi di una modifica o della legge nazionale o del diritto comunitario, a controllare se esistano o risultino contraddizioni e, in caso affermativo, a modificare la legge nazionale.

Un tale controllo però spesso non è facile. In particolare il diritto comunitario (ogni tanto però anche il diritto nazionale) spesso è poco preciso; da ciò risulta che il suo contenuto impreciso e la sua portata debbano essere concretizzati attraverso la giurisprudenza delle Corti comunitarie e nazionali.

⁷ Corte di Giustizia CE, 12 febbraio 2009, procedimento C-339/07, *Christopher Seagon /Deko Marty Belgium NV* richiamata in NJW, 2009, 2189.

Contraddizioni tra i due ordinamenti spesso si riconoscono solo in seguito ad una decisione della Corte di Giustizia. In tali casi i giudici nazionali sono costretti ad interpretazioni della legge nazionale spesso abbastanza ardite, allo scopo di eliminare la contraddizione col diritto comunitario.

Questa necessità risulta dal fatto che la Corte di Giustizia deve limitarsi a dichiarare la incompatibilità della legge nazionale col diritto comunitario e non ha invece il potere di dichiarare nulla la legge nazionale per tale incompatibilità.

La legge nazionale continua dunque a mantenersi in vigore. Questo rappresenta un'importante differenza in confronto a una legge incostituzionale. Perlomeno nel diritto tedesco, in caso di incostituzionalità di una legge, questa viene dichiarata nulla dalla Corte costituzionale con la conseguenza che non è più applicabile da nessun giudice. Non si vede il perché una tale competenza non potrebbe spettare anche alla Corte di Giustizia nel caso di una incompatibilità di una legge nazionale con il diritto comunitario. Porterebbe a soluzioni chiare ed eviterebbe notevoli difficoltà per i giudici nazionali che ora si trovano in una zona difficile tra il mantenimento in vigore della legge nazionale e la sua incompatibilità col diritto comunitario!

Dallo Stato-città antico al moderno Stato-nazione

di Francesco Paolo Casavola

1. Corte costituzionale e giurisdizioni sovranazionali

Il tema appartiene tutto al mondo contemporaneo. È dalla metà del Novecento che cominciano a convivere Corti internazionali o sovranazionali e Corti costituzionali nazionali.

Il mondo antico ebbe viva coscienza che il diritto applicato presso ogni popolo, parte è il prodotto storico di ciascuno Stato, parte proviene da quel diritto universale, detto *ius gentium* che la ragione naturale ha ispirato a tutte le comunità umane giunte allo stesso livello di civilizzazione. La mobilità delle persone da paese a paese, dunque da Stato a Stato, poneva il problema non solo della loro tutela, ma anche della garanzia dei loro rapporti di commercio. Roma istituì un collega del pretore giudicante, per gli stranieri e per le relazioni loro con i cittadini, il pretore peregrino, che concedeva azioni di buona fede per i contratti consensuali del *ius gentium*. Ma era inconcepibile che potesse aversi una giurisdizione al di fuori o al di sopra degli Stati.

Quando il modello dello Stato-città, la *polis* dei Greci, la *civitas* dei Romani, scomparve, sostituito da quello dei grandi Stati territoriali, ancor più si consolidò il principio dell'isolamento della statualità nel perimetro dello spazio su cui si esercitava il potere del sovrano. Riscoperto in Europa, nell' XI secolo, il diritto romano e riconosciuto nelle Università come proprio di una civiltà giuridica superiore e dunque accolto e applicato accanto e al di sopra delle consuetudini locali e delle ordinanze dei singoli sovrani, come un diritto comune europeo, non ne nacque problema per la sovranità degli Stati. Il diritto comune europeo non aveva una fonte politica, ma scientifica. E i dottori, con la massa sconfinata delle loro interpretazioni ne alimentavano la diffusione e infine la confusione.

Solo allora gli Stati ebbero bisogno di consolidazioni e di codificazioni nazionali. Federico di Prussia con il suo codice del 1750, Napoleone con il suo del 1804 e poi via via tutti gli altri Stati europei incapsularono nella sovranità il proprio diritto codificato. La più tardiva in questo processo fu la Germania, quando si dette, dopo una laboriosa gestazione pluridecennale e un conflitto di idee tra la tradizione di un diritto scientifico e la innovazione di una codificazione legislativa, il BGB (*Buergerliches*

Gesetz-Buch). La entrata in vigore di questo codice civile il 1° gennaio del 1900 fu salutata dalla *Juristen Zeitung* con il motto “Un popolo, uno Stato, un Diritto”.

La identità di Stato e Diritto era ora plenaria. Ma perché si comprenda la sostanza storica di questo approdo formale, occorre dare risalto al primo termine del trionfo: il Popolo. Si tratta infatti del compimento della formazione dello Stato nazionale, superate le fasi dello Stato patrimoniale e puramente territoriale. Con il popolo, con l'unità della stirpe, della lingua, della cultura nasce la Nazione (Una d'armi, di lingua, d'altare/di memorie, di sangue, di cor aveva scritto Manzoni nell'ode “*Marzo 1821*”). La sovranità del monarca si trasla in quella della Nazione e per essa nella Legge, che è il comando della volontà generale. Il legislatore onnipotente è il passo ulteriore della civiltà liberale dopo quello iniziale dello Stato di diritto, con la reciproca indipendenza dei tre poteri, governativo parlamentare giudiziario. Ma è anche l'ultimo. Dallo Stato-nazione i partiti nazionalisti fanno nascere lo Stato totalitario. La tragedia delle due guerre europee, dilagate in tutto il pianeta e divenute mondiali, nella prima metà del Novecento, con il prezzo di molte decine di milioni di vittime, libera dal dominio assoluto e impenetrabile della sovranità degli Stati non solo popoli, ma anche persone.

2. Universalità dei diritti umani e sovranità degli stati

Per porre le basi di un nuovo ordine mondiale non bastava la Carta di San Francisco del 1945, che dava vita alla Organizzazione delle Nazioni Unite. Già nell'intervallo tra il primo e secondo conflitto mondiale la Società delle Nazioni non era riuscita a conservare pace e ordine internazionale. Occorreva superare l'interlocuzione tra Stati chiamando in causa i singoli esseri umani con i loro individuali diritti fondamentali. Così il 10 dicembre del 1948, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite approvava la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, di ben altra portata di significato e di valore rispetto alla *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* della Francia rivoluzionaria del 1789. I diritti del 1948 non sono dei cittadini di questo o quello Stato, ma di ogni essere umano quale che sia la sua nazionalità o cittadinanza. Ma la loro universalità ne condiziona la promozione e protezione al riconoscimento all'interno delle carte costituzionali dei singoli Stati.

Dal carattere etico-politico della Dichiarazione universale si passò ai Patti internazionali giuridicamente vincolanti le parti contraenti, mentre diventava cogente il rispetto dei diritti per gli Stati che davano loro spazio nelle proprie costituzioni, anche senza elencarli, e ora definendoli fondamentali, ora inviolabili, come nel caso italiano.

Intanto in Europa, un organismo di diritto internazionale, il Consiglio d'Europa, riuniva molti Stati attorno ad una Convenzione europea dei diritti dell'uomo,

cui l'Italia dava ingresso nel proprio ordinamento con legge 4 agosto 1955 n. 848, e dunque il testo della Convenzione otteneva collocazione accanto alle leggi ordinarie dello Stato.

Che la legge di esecuzione di un trattato internazionale introduca diritto esterno per dargli rango gerarchico di legge è ancora una eredità della originaria concezione chiusa della sovranità dello Stato e della onnipotenza della legge. La logica del meccanismo d'ingresso della norma internazionale nell'ordinamento interno appare anacronistica, se si tiene conto che negli Stati costituzionali la legge è subordinata alla costituzione, e che nella specie della Convenzione europea i diritti umani che ne sono il contenuto non possono non essere pari ai diritti inviolabili citati in Costituzione.

Alla natura costituzionale dei diritti umani della Convenzione conducono almeno tre considerazioni. La prima è che nell'art. 2 della Carta italiana la Repubblica "riconosce" i diritti inviolabili dell'uomo. Dunque essi preesistono allo Stato, e dato che non possiamo più usare del mito dello stato di natura, dobbiamo rilevarli in quell'ordinamento universale, che Kant avrebbe chiamato cosmo-politico, storicamente manifestatosi nella Dichiarazione delle Nazioni Unite del 1948 e nella Convenzione europea del 1950.

La seconda considerazione è che con l'art. 10 della Carta "L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute". Si è ritenuto in passato che qui si alluda alle consuetudini internazionali. Ma allora a maggior ragione la conformazione del diritto interno deve prodursi dinanzi a norme convenute. E se il loro contenuto, come per i diritti umani, ha natura costituzionale, il loro recepimento produrrà per esse rango costituzionale.

La terza considerazione è che il contesto storico che accompagna la nascita e l'evoluzione dei diritti umani è quello del nuovo ordine mondiale ispirato alla pace. Ebbene con l'art. 11 della Carta l'Italia ripudia la guerra e consente alle limitazioni di sovranità "necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni". Il tempo della intangibilità della sovranità dello Stato è scaduto.

3. Corte costituzionale italiana e Corte europea di Strasburgo

La Convenzione europea ha la sua giurisdizione interpretatrice nella Corte di Strasburgo, che a mano a mano che la Convenzione si integra negli ordinamenti nazionali, perde sempre di più il suo originario carattere di Corte internazionale, acquistando progressivamente quello di Corte costituzionale dei diritti.

Di una Corte costituzionale ha peraltro il solo profilo della garanzia dei diritti fondamentali, non anche quello di arbitro dei conflitti tra poteri. Ma già nella funzione di garante dei diritti, la Corte di Strasburgo non può limitarsi ad accertare la violazione di un diritto e determinare il risarcimento del ricorrente, quando

è costretta ad analizzare e censurare l'atto dello Stato che ha dato luogo alla violazione. A questo punto la Corte europea si sovraordina alla Corte costituzionale nazionale.

Un atto costituzionalmente legittimo per la Corte italiana può essere illegittimo per quella europea. La Corte italiana è tenuta dalla Costituzione a tutela della propria legittimità e autorità. Finché non saranno poste le regole – se non di una gerarchia, almeno di un coordinamento tra le due giurisdizioni perché non entrino in conflitto – la Corte costituzionale continuerà a considerare le norme della Convenzione come di legge ordinaria, citandole *ad adiuvandum* di quelle costituzionali, valutando la loro tutela ad opera della giurisdizione europea come meno forte di quella apprestata dalla Costituzione italiana (Sent. nn. 120 del 1967; 168 del 1994; 1 del 1961; 91 del 1986; 124 del 1986; 124 del 1972; 376 del 2000).

Tuttavia la sentenza n. 388 del 1999, pur ribadendo la natura non costituzionale delle norme della Convenzione considera che le diverse formulazioni dei diritti nella Convenzione e nella Costituzione si integrano e si completano reciprocamente nella interpretazione.

Le più recenti sentenze nn. 347 e 348 del 2007, distinguendo tra diritto internazionale pattizio e diritto comunitario, considerano le norme CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo non immuni dal controllo di costituzionalità: “proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello subcostituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione”.

4. Diritto comunitario e ordinamento italiano

Molto diversa è la configurazione dei rapporti tra il diritto comunitario e l'ordinamento italiano, rispetto a quella descritta riguardo alla CEDU.

Se vogliamo descrivere una linea evolutiva dobbiamo muovere dalla sentenza n. 14 del 1964, ferma al principio che leggi dello Stato successive a quella di esecuzione del Trattato comunitario e con essa incompatibili non perdono la loro efficacia.

Qualche settimana dopo, la Corte di giustizia della Comunità europea affermava la superiorità gerarchica del diritto comunitario su quella nazionale.

Da allora in poi la Corte costituzionale ha compreso la necessità di non contestare il primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, pena il rischio di uscire dalla Comunità. Si iniziava così una evoluzione, di cui sono significativa testimonianza due sentenze, la n. 232 del 1975 e la n. 170 del 1984. Con la prima, abbandonato il principio che la legge successiva incompatibile con il diritto comunitario è salva nella sua efficacia, si enuncia il principio di competenza, in base al quale il giudice italiano, trovandosi dinanzi a regolamenti comunitari direttamente

applicabili recepiti da leggi italiane, è tenuto a sollevare dinanzi alla Corte questioni di legittimità costituzionale. È un modo ancora una volta di schernirsi dinanzi alla eventualità che il giudice comune procedesse direttamente ad accertare la incompetenza del legislatore nazionale nel disciplinare materia regolata da una norma comunitaria.

La Corte del Lussemburgo, con la sentenza *Simmenthal* del 1978, replicava invece che “qualsiasi giudice nazionale, adito nell’ambito della sua competenza, ha l’obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria”.

Con la sentenza n. 170 del 1984, la Corte costituzionale non ragiona ancora in termini di superiorità gerarchica del diritto comunitario rispetto a quello nazionale, ma riconosce al giudice italiano il potere di disapplicare la legge italiana dinanzi alla norma comunitaria, dal momento che la materia appartiene al sistema europeo ed è da questo regolata. Mentre il principio di competenza non abilitava il giudice comune a caducare l’atto legislativo nazionale ma soltanto a sollevare questione di costituzionalità, ora la Corte costituzionale evita a se stessa di intervenire in un giudizio antinomico lasciato alla piena capacità di decisione del giudice adito.

Con la riforma del titolo V della Costituzione, il nuovo art. 117 attribuisce il potere legislativo allo Stato e alle Regioni “nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”. Potendo nascere giudizi in via principale tra Stato e Regioni, la Corte costituzionale, come ha sancito con sentenza n. 406 del 2005, continuando un orientamento già proposto nella sentenza n. 284 del 1994, interviene a depurare l’ordinamento di norme incompatibili con il diritto comunitario dichiarandone l’illegittimità costituzionale, dal momento che nel giudizio in via principale la disapplicazione della norma incompatibile apparirebbe garanzia inadeguata a dare pieno e corretto adempimento agli obblighi comunitari, alla luce dell’art. 5 del Trattato di Roma e dell’art. 11 della Costituzione. Peraltro va ricordato che la Corte costituzionale considera l’art. 11 come fondativo di limiti della sovranità per i fini ivi enunciati, della pace e della giustizia fra le Nazioni. I “controlimiti” si leverebbero se il diritto comunitario violasse i principi fondamentali della nostra Costituzione o i diritti inalienabili della persona umana. Su questa linea, coerentemente si dispongono le sentenze nn. 98 del 1965, 183 del 1975, 170 del 1984, 232 del 1989, 348 e 349 del 2007.

Con la sentenza n. 232 del 1989, la Corte si dà il compito di controllare qualunque norma comunitaria circa la conformità ai nostri principi supremi. Si esclude così che il giudizio portato sulla legge di esecuzione dei trattati, in caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale, possa configurare un recesso dell’Italia da singole vicende del processo di integrazione europea.

5. Corte di giustizia, Corte costituzionale e giudici comuni

Sulla validità del diritto comunitario il controllo spetta alla Corte di giustizia, salvo che nella violazione dei controlimiti non intervenga la Corte costituzionale.

Quanto alle norme con effetti diretti, esse non hanno bisogno di leggi di recepimento e di adattamento, e le decisioni interpretative della Corte di Lussemburgo “hanno la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate” come stabilisce la Corte costituzionale con sentenza n. 389 del 1989.

Quando il giudice comune si trova dinanzi ad un atto comunitario privo di effetti diretti, deve investire la Corte costituzionale della questione di legittimità, parametro l'articolo 11 della Costituzione, oggetto la legge di recepimento, norma interposta quella comunitaria.

I giudici comuni possono rinviare pregiudizialmente alla interpretazione della Corte di giustizia o al suo controllo di validità, la norma comunitaria per la cui applicazione sono stati aditi.

Quando assai più raramente sia la Corte costituzionale a dover applicare norme comunitarie, la possibilità di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ha incontrato decisioni diverse.

La sentenza n. 168 del 1991 configurava una facoltà, non un obbligo, di rinvio. L'ordinanza n. 136 del 1995, invece, esclude che la Corte di giustizia possa essere adita in via pregiudiziale dalla Corte costituzionale, citando la sentenza n. 13 del 1960, perché essa “esercita essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni” e non può “essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali”. Solo che con l'ordinanza n. 103 del 2008, sospeso il giudizio, la Corte costituzionale ha fatto rinvio alla Corte di giustizia per quattro questioni interpretative.

6. Conclusioni

Su tutte le materie prospettate, sono da consultare i materiali raccolti dall'Ufficio Studi della Corte costituzionale sugli incontri dei giudici della Corte italiana con la Corte europea dei diritti dell'uomo, del 2 novembre 2000 e con una delegazione del Consiglio costituzionale francese del 9 maggio 2008 nonché le sintesi del Servizio citato su *l'Efficacia del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee* a cura di G. Scaccia, del maggio 2007; e su *Il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, a cura di Loris Iannuccilli, e *I rapporti tra*

diritto nazionale e diritto sovranazionale, a cura di Tommaso Giovannetti, entrambi dell'aprile 2008. Sono particolarmente grato al Capo dell'Ufficio Studi, dr. Loris Iannuccilli per la preziosa collaborazione nel provvedermi anche di documentazione della giurisprudenza costituzionale più significativa, e al prof. Gustavo Zagrebelsky, presidente emerito della Corte costituzionale, per l'illuminante saggio da lui letto in occasione dell'incontro con la Corte europea dei diritti dell'uomo. Come storico del diritto, non costituzionalista, sono più sensibile alle svolte progressive, che non alle posizioni conservatrici della giurisprudenza nostra ed altrui.

In particolare sono portato ad auspicare uno spazio costituzionale unitario ed omogeneo in Europa, che superi le antinomie tra ordinamenti nazionali e sovranazionali, e coordini, possibilmente codificandole, le regole che rendano comunicabili le rispettive giurisdizioni, cui va riconosciuta una comune natura costituzionale.

Quanto al diritto comunitario, è nella realtà dei processi in corso per fare dell'Unione uno Stato costituzionale multinazionale che la giustizia per i cittadini europei dovrà organizzarsi in un unico sistema giurisdizionale transnazionale.

Ordinamento multilivello, diritto amministrativo, ruolo del Giudice amministrativo

di Eugenio Picozza

1. Ordinamento multilivello

La nozione di ordinamento giuridico multilivello sembra allo stato attuale dell'esperienza giuridica mondiale dimostrarsi molto più valida ed effettiva di quella di ordinamento giuridico globale: sia dal punto di vista della teoria generale del diritto che da quello della sociologia giuridica.

Si è tentato soprattutto nella dottrina italiana, a partire dagli anni '90 dello scorso secolo, di dare appunto una risposta dogmatica con la provvisoria costruzione proprio di un ordinamento giuridico globale.¹

Tale locuzione mi ricorda la sagace definizione di M.S. Giannini a proposito dello Stato sociale ("una nozione inutile")², in quanto anche se è di grande interesse per la sociologia del diritto, non sembra utilizzabile da un punto di vista strettamente teorico e dogmatico perché pone termini di comparazione non omogenei (infatti l'ordinamento giuridico classico non aveva tra i soggetti istituzionali figure soggettive quali gli operatori economici privati e le organizzazioni non governative).³

¹ V. in Italia soprattutto i lavori di Sabino Cassese ed in particolare *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2009; Id., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Milano, Donzelli, 2009; Id., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006; Id., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza 2002; AA.VV., *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, Giuffrè, 2005 ed ivi "L'ordinamento giuridico globale". *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale* (con Martina Conicelli). Sul pensiero dell'A. v. soprattutto M.R. Ferrarese, *L'ordinamento giuridico globale secondo Sabino Cassese*, in *Politica del Diritto*, n. 4/2007, p. 639 ss.

² M.S. Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, in Studi in onore di Costantino Mortati, Milano, 1977, I.

³ Senza contare che quando due terzi della popolazione del pianeta vive sotto la soglia della povertà non può certamente considerarsi acquisito quel principio di dignità dell'essere umano senza distinzione di sesso, razza o religione che è un principio giuridico generale dell'ordinamento giuridico internazionale, comunitario e costituzionale. Nè tanto meno il principio della autodeterminazione dei popoli e della partecipazione democratica alla costruzione dell'ordinamento giuridico globale. La censura attinente al deficit di legittimazione democratica che è stata rivolta frequentemente nei confronti dell'ordinamento giuridico comunitario, si amplifica notevolmente se applicata all'organizzazione e all'attività del c.d. ordinamento giuridico globale.

Come è noto, il razionalismo cartesiano pose le basi per la costruzione del concetto di sistema giuridico la cui evoluzione moderna è splendidamente ricostruita nei tre volumi di Mario G. Losano⁴.

Il positivismo giuridico sull'orma dei presupposti sociologici di Comte e filosofici di Dilthey tentò quindi di sviluppare il diritto come un sistema chiuso e perfettamente autosufficiente. Come è noto tale indirizzo di pensiero influenzò notevolmente la produzione scientifica di Vittorio Emanuele Orlando e il famoso saggio sul metodo nello studio del diritto pubblico.

Contemporaneamente si diffusero gli studi sul concetto di "ordinamento" influenzati dalla c.d. teologia politica come dimostrato in modo direi definitivo, dai saggi di Carl Schmitt.⁵ Tale indirizzo ha largamente influenzato il settore della c.d. dogmatica giuridica, i cui concetti almeno dal punto di vista metodologico sono largamente influenzati dal metodo "teologico"⁶: non altrettanto si può dire per gli studi di ordine sistematico, in cui è maggiore l'influenza del pensiero scientifico evoluzionista.⁷

Quindi per uno dei paradossi frequenti nella storia del pensiero giuridico occidentale, proprio mentre l'occidente si dibatteva tra gli orrori della prima e seconda guerra mondiale, la dottrina dello Stato costruiva il suo tempio, destinato a diventare, a tutti gli effetti, appena dopo qualche decennio, il suo mausoleo funebre. Quasi tutti i tentativi contemporanei di mutare di direzione (il realismo, il decostruzionismo, l'analisi economica del diritto) hanno spinto la filosofia del diritto verso il c.d. nichilismo giuridico (Vattimo, Irti)⁸ soluzione assolutamente non idonea a risolvere i problemi della trasformazione dello Stato, ed invece idonei a ridurre il diritto a mero mezzo di comunicazione ed imputazione delle scelte economiche (come già intuito più di un secolo fa da Benedetto Croce).⁹

Tuttavia dal punto di vista della sociologia generale, soprattutto giuridica, essa è viceversa di estrema utilità, come dimostrano tra gli altri i numerosi e pregevoli scritti di Maria Rosaria Ferrarese e il bel libro di F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, il Mulino, 2006. In altri termini a mio personale avviso, si tratta di una costruzione "culturale", non diversamente dal tentativo di ricostruzione di un "diritto amministrativo europeo" che costituisce un compito precipuo della dottrina e che forse (ma con più di un forse) potrebbe divenire a distanza di qualche decennio una nozione di diritto positivo (v. però le incertezze espresse in J. Attali, *Lettura del futuro*, Milano, Feltrinelli, 2008 sulla lotta tra iperconfitto e iperdemocrazia che l'Autore situa alla metà del presente secolo).

⁴ M.G. Losano, *Sistema e struttura del diritto*, Milano, Giuffrè, anticipato già dalle ricostruzioni di Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1965.

⁵ V. in particolare la raccolta di saggi pubblicati nella traduzione italiana a cura di G. Miglio, *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 1972.

⁶ V. per tutti A. Falzea, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. II, Dogmatica giuridica, Milano, Giuffrè, 1997.

⁷ V. ad esempio H. Simon, *Il comportamento amministrativo*, trad.it. Bologna, il Mulino, 1967.

⁸ V. rispettivamente G. Vattimo, *Nichilismo ed emancipazione. Etica, politica, diritto*, Milano, Garzanti, 2003; N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Bari, Laterza, 2004.

⁹ V. B. Croce, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* sul quale cfr. l'omonimo saggio di P. Landi, Napoli, Editoriale Scientifica, 1996.

Tuttavia il concetto di ordinamento giuridico è entrato in crisi prima del concetto di sistema (giuridico): esso, sulla scorta dei postulati della dottrina dello Stato, presupponeva l'esistenza di un ordinamento giuridico generale che nella maggioranza dei pensatori (Hauriou, Santi Romano e lo stesso Schmitt)¹⁰ era comunque riferito all'immagine dello Stato.

Vi è invero la felice eccezione di Hans Kelsen che soprattutto nella *Teoria generale del diritto e dello Stato* aveva posto come ordinamento originario quello internazionale (anticipando di più di mezzo secolo le conquiste della giurisprudenza costituzionale e amministrativa anche italiana): ma come hanno osservato gli studiosi del totalitarismo (Franz Neumann, Hanna Arendt, Simona Forti e più recentemente Traverso)¹¹ anche la dottrina pura del diritto non era esente da tale vizio di origine, soprattutto in quanto portatrice di un concetto di sovranità e di autorità pubblica destinato a dissolversi.

Le scoperte della teoria dei sistemi (Von Bertalanffy¹² e soprattutto Herbert Simon¹³ e Niklas Luhmann¹⁴) hanno privato il sistema giuridico di un principio eliocentrico, mettendo in gioco il problema della complessità, e le relazioni energetiche tra ordinamenti (Gianfranco Miglio)¹⁵ e quindi postulando l'esistenza di sistemi complessi destinati ad una obbligatoria interazione, pena la loro progressiva estinzione.

¹⁰ Cfr. rispettivamente M. Hauriou, *Teoria della istituzione e della fondazione*, Milano, Giuffrè, 1967; S. Romano *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1960; C. Schmitt, *op.cit. passim*, su cui A. Amendola, *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*, Napoli, ESI, 1999 e soprattutto H. Hofmann, *Legittimità contro legalità, il pensiero politico di C. Schmitt*, Napoli, Esi, 1999.

¹¹ V. rispettivamente Behemoth, *Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Milano, Bruno Mondadori, 1999; *Le origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi, 2004; *Il totalitarismo*, Bari, Laterza, 2001; *Il totalitarismo*, Bruno Mondadori, Milano, 2002.

¹² Von Bertalanffy, *Teoria generale dei sistemi. Fondamenti, sviluppo, applicazioni*, Istituto Librario Internazionale, Milano, 1971

¹³ H. Simon, *op.cit.*

¹⁴ Sulla cui opera v. Losano, *op.cit.*, vol. III, cap. IV, *Il sistema auto poetico del diritto*, p. 238 ss.

¹⁵ L'insigne Maestro, infatti, richiamava indirettamente il ruolo che il complesso di discipline etichettabili sotto il nome di "neuroscienze" avrebbe avuto in futuro per lo studio della scienza politica e del diritto; cfr. G. Miglio, *Guerra, pace, diritto. Una ipotesi generale sulle regolarità del ciclo politico (1981)* ripubblicato come saggio n. 31 in G. Miglio, *Le regolarità della politica* (Scritti scelti raccolti e pubblicati dagli allievi) in "Arcana Imperii", Collana di Scienza della politica diretta da Gianfranco Miglio, vol. 18, tomo II, Milano, Giuffrè, 1988, p. 761 ss. ma particolarmente p. 784: "Prima di entrare nell'argomento, credo opportuno avvertire che l'analisi cui mi dedicherò qui circa le 'regolarità' della guerra, concerne uno solo dei due approcci scientifici possibili: quello cioè –tradizionale –per il quale si cercano di individuare le costanti del comportamento politico operando sulle manifestazioni esterne e riflesses dell'uomo (motivazioni, prassi istituzionali ecc...); mentre non è possibile ignorare che –sul terreno della biologia e della biopolitica –lo studio dell'aggressività, e dell'opposto 'altruismo', e la progressiva scoperta delle radici profonde, inconscie, dell'uno e dell'altro, lasciano intravedere prospettive probabilmente destinate a mettere in crisi e superare buona parte delle 'spiegazioni' costruite sul terreno dell'esperienza culturale ed istituzionale. In altri termini, il nesso che lega l'aggressività ai meccanismi bio-genetici costituisce la grande incognita di cui bisogna onestamente fare conto" (corsivo di chi scrive).

Il nesso di interdipendenza tra sistema politico, economico, sociale e giuridico ha portato ad una svalutazione del ruolo e del potere effettivo dello Stato Nazionale.

Come sapientemente descritto in un recente libro di Chevallier¹⁶ i soggetti e le regole che hanno influito su tale processo di trasformazione sono costituiti soprattutto, anche se non esclusivamente, dal mercato e dalla concorrenza, e quindi dal ruolo degli operatori economici soprattutto multinazionali (ruolo intuito e sviluppato in Italia sul versante giuspublicistico soprattutto da Giuseppe Guarino¹⁷); dalle ONG (Organizzazioni Non Governative intese in senso lato, soprattutto le associazioni di tutela degli interessi collettivi e diffusi), dal circuito di reti transnazionali¹⁸.

A livello istituzionale poi lo Stato-nazionale è stato “inglobato” (formula forse inconsapevolmente ironica dell’Autore rispetto al c.d. ordinamento giuridico o Stato globale) dai fenomeni della integrazione regionale o addirittura del federalismo da un lato; e dalla integrazione sovranazionale dall’altro.

Allo stato attuale, in conclusione, il concetto di ordinamento giuridico regge secondo il parametro kelseniano della effettività o “efficacia” e, fino ad un certo punto, al massimo se adoperato nella corrente formula di ordinamento giuridico “multilivello” come appare codificato nelle recenti sentenze della Corte Costituzionale Italiana 348 e 349 del 2007. Infatti la grande differenza esistente tra le concezioni classiche dell’ordinamento giuridico e l’attuale concezione multilivello, risiede proprio nella trasformazione del concetto di “rapporto”. Esso sulla scorta della scuola storica del diritto era stato prevalentemente pensato e analizzato in termini antropomorfici, come relazione interindividuale, sia di sopraordinazione che di equiordinazione. Invece, anche a causa dello sviluppo del parallelo concetto di “sistema giuridico”, attualmente alla base dell’ordinamento giuridico, è subentrata la nozione di “rete di rapporti” sia in senso verticale che orizzontale. Questo è il tributo che bisogna pagare alla complessità giuridica¹⁹. Altrimenti bisogna quantomeno rifarsi alle concezioni di ordinamento giuridico degli studiosi dell’età intermedia²⁰. Ma le com-

Ed anche Id, op.cit., tomo I, *Considerazioni retrospettive*, p. XLVIII “Concludevo infatti avanzando l’ipotesi che il sistema fosse avviato alla sua trasformazione in un regime diverso, e, in modo piuttosto provocatorio, esposi la teoria di un’alternanza ‘necessaria’ fra ‘regimi parlamentari’ e dittature carismatiche temporanee: secondo questa veduta (che confermo anche qui) *i due tipi di ordinamento sono storicamente complementari, perché corrispondono a due momenti opposti di ‘consumo’ e di ‘ricarica’ dell’autorità*” (corsivo di chi scrive).

¹⁶ J. Chevallier, *L’Etat postmoderne*, L.G.D.J., Paris, 2008.

¹⁷ Cfr. G. Guarino, *Scritti di diritto pubblico dell’economia e di diritto dell’energia*, Prima Serie, Milano, Giuffrè, 1962; Seconda Serie, Milano, Giuffrè, 1970.

¹⁸ Sulle quali in Italia v. F. Di Porto, *Le Reti nel Diritto Pubblico dell’Economia*, in *Trattato di Diritto Dell’Economia*, diretto da E. Picozza ed E. Gabrielli, Padova, Cedam, 2008.

¹⁹ Sulla quale v. la splendida voce di A. Falzea, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, agg. e il volume di U. Pagallo, *Teoria giuridica della complessità*, Torino, Giappichelli, 2006.

²⁰ P. Grossi, *L’ordine giuridico medievale*, Roma Bari, Laterza, 2006 e soprattutto F. Calasso, *Medioevo del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1954.

parazioni di largo periodo appartengono alla scienza della storia del diritto, non agli studiosi del diritto attuale e vivente.²¹

L'esistenza di un ordinamento giuridico multilivello è stata dimostrata dalla migliore dottrina costituzionalistica²² e del diritto pubblico generale²³.

Come ha illustrato la giurisprudenza anche recente della Corte Costituzionale, vi sono infatti relazioni sia di tipo verticale (con il diritto internazionale e soprattutto con quello comunitario) sia di tipo orizzontale (con gli ordinamenti sportivi, professionali, imprenditoriali, con il diritto delle Organizzazioni Non Governative).

Questa evoluzione del diritto sembra avere definitivamente messo in crisi la allora illuminante tesi di S. Romano sull'ordinamento giuridico e sulla esistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici. Essa infatti, sulla scorta degli esiti definiti della dottrina dello Stato, riteneva quale unico ordinamento originario a fini generali lo Stato nazionale: tutti gli altri ordinamenti erano studiati nelle relazioni di rilevanza o di vera e propria efficacia con lo Stato. Posta in crisi e comunque svalutata la dottrina della Sovranità Statale, che era progressivamente emersa fin dal Trattato di Westfalia del 1648, è indubbiamente rimasta in essere la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici (di cui è espressione incontestata il pluralismo qualitativo e quantitativo delle fonti del diritto), ma non la centralità dell'ordinamento giuridico dello Stato nazionale, almeno a livello della Unione Europea di cui l'Italia fa parte quale paese fondatore delle comunità.

Più contestata è stata l'adesione alla dottrina del c.d. costituzionalismo multilivello²⁴. In particolare da parte di una autorevole dottrina sono svolte numerose osservazioni.

Detta critica svolge accurate riflessioni²⁵, ma a mio avviso è a sua volta criticabile dal punto di vista metodologico, in quanto non distingue tra le analisi di micro periodo e di macro periodo.

²¹ M.S. Giannini, *Profili di un Diritto Amministrativo delle Comunità Europee*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4/2003

²² F. Modugno, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, Testo dell'intervento tenuto al convegno celebrativo del 60° anniversario della Costituzione dal titolo *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, svoltosi presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma Tre il 27 e 28 novembre 2008.

²³ A. Pizzorusso, *Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto* in *Scritti in memoria di Livio Paladini*, Napoli, 2004, pag. 1687 e ss.

²⁴ I. Pernice, *Europaisches und nationales Verfassungsrecht*, 2001; I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Revisited?*, 1999.

²⁵ «Questa dottrina, infatti: a) valuta positivamente la moltiplicazione delle istanze di protezione dei diritti, così confondendo la quantità dei diritti e degli strumenti di tutela con la qualità della protezione della persona; b) svaluta i testi normativi ed esalta l'opera delle Corti; c) presenta una visione armonica (e addirittura irenica) dei rapporti tra le varie istanze decisionali che non corrisponde alla realtà e occulta la dimensione dello sconto; d) accantona il problema della legittimazione democratica, non avvertendo – fra l'altro – che

La storia delle scienze naturali e umane dimostra infatti che le scoperte determinanti per il cambiamento dell'apparato concettuale, tengono conto fino ad un certo punto delle convenzioni e delle regole dell'epoca in cui vivono.

Ad esempio, continuare ad utilizzare l'argomento del deficit di legittimazione democratica, quando, non solo in Italia, la democrazia è soprattutto "mediatica", significa rifugiarsi nel formalismo insito in ogni forma di conservatorismo.

Sotto questo profilo, con qualche orgoglio, posso affermare che la dottrina amministrativistica ha colto l'emergere delle novità molto di più e prima di quella costituzionalistica.

Ciò è dovuto (soprattutto per chi, come il sottoscritto, ha sempre svolto anche l'attività di avvocato) allo spirito laico e a volte addirittura partigiano con il quale sono stati affrontati i problemi quotidiani posti dalla clientela, e quindi dall'assenza di eidola anche se costituiti dalla stessa Costituzione statale.

In conclusione, su questo punto l'ordinamento giuridico multilivello è ormai una realtà con cui, soprattutto i giudici, debbono misurarsi: ne ho avuto recente e creativa esperienza proprio in alcune ordinanze del Tar Puglia di rimessione alla Corte Costituzionale, le quali nel contempo hanno rifiutato di disapplicare la normativa regionale in materia di fonti rinnovabili di energia, per preteso contrasto con il diritto comunitario²⁶.

Vorrei anche sottolineare un altro aspetto dell'ordinamento multilivello che è l'integrazione (anche essa verticale e orizzontale) delle azioni giudiziali e stragiudiziali del cittadino e delle imprese (il ricorso al Tar può essere cumulato alla denuncia alla Commissione Europea). Oppure dopo l'esperimento degli strumenti di tutela interni è possibile introdurre azione giudiziaria direttamente alla CEDU.

La rete complessiva di relazioni porta in conclusione alla definizione di ordinamento giuridico multilivello, in quanto il "multilevel" è presente sia nelle fonti del diritto (attraverso il loro pluralismo e i vari criteri di collegamento, validità, efficacia, applicazione, disapplicazione, obbligo di interpretazione conforme e uniforme), sia nella organizzazione (ordinamenti compositivi e complessi, coamministrazioni, am-

la diluizione dei centri e delle procedure di decisione impedisce una precisa imputazione di responsabilità e l'esercizio dei poteri (sanzionatori e di controllo) dei governati. Mi sembra, in definitiva, che entrambe le prospettive offrano strumenti utili per ricostruire la realtà istituzionale comunitaria, ma che pecchino di eccessiva unidirezionalità. Quella che registriamo, infatti, è la realtà di un'Unione che è il risultato di una consapevole scelta politica degli Stati di ridefinire sedi e procedimenti decisionali (e qui ha ragione l'approccio *intergovernmentalist*), ma è capace allo stesso tempo di determinare effetti di ritorno sulla politica degli Stati, di esibire logiche di funzionamento talora autonomo, di rivolgersi direttamente ai cittadini (e qui ha ragione l'approccio *multi-level*)» tratto da M. Luciani, *Gli atti comunitari e i loro effetti sull'integrazione europea*, testo dell'intervento tenuto al convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti dal titolo *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali* svoltosi a Catania il 14 e 15 ottobre 2005.

²⁶ Tar Puglia – Bari, sez. I, n. 148 del 9 settembre 2009.

ministrazioni decentrate ecc. che nella attività amministrativa (procedimenti amministrativi, attività di partenariato pubblico, privato, sovvenzioni), che infine nella attività giurisdizionale attraverso il c.d. dialogo tra le Corti cui è dedicato l'aspetto centrale del presente convegno.

Come dimostra l'uso dello stesso termine fondamentale "costituzionalismo multilivello", esso si fonda sulla adesione a quel filone importantissimo di filosofia del diritto e di teoria generale che va sotto il nome di "neocostituzionalismo",²⁷ e che fa capo soprattutto a R. Dworkin in America e a R. Alexy in Europa. Come è noto "l'individuazione del costituzionalismo quale specifica teoria del diritto e la sua distinzione dal legalismo è stata proposta da R. Alexy e R. Dreier alla fine degli anni Ottanta, alla luce del dibattito tedesco sul ruolo del *Bundesverfassungsgericht* (Corte Costituzionale Federale), e l'interpretazione della giurisprudenza. Mentre le teorie legalistiche sono ricondotte nell'alveo del giuspositivismo tradizionale, l'aspetto principale delle teorie costituzionalistiche è individuato nel riconoscimento della complessificazione della struttura normativa dei sistemi costituzionali contemporanei, che viene legata alla introduzione dei principi e alla differenza tra questi e le regole. L'approccio costituzionalistico, come si è accennato, viene anticipato nella concezione del diritto come integrità di R. Dworkin, che può essere vista quale sia prima e coerente formulazione"²⁸.

È fondamentale notare, seguendo questo approccio, la ricomparsa di "elementi teologici" costituiti dai "principi generali" che come è noto hanno, a differenza delle regole, attitudine alla applicazione in un caso indeterminato di fattispecie.

Per comprendere più a fondo l'incidenza del neocostituzionalismo sulla teoria della interpretazione debbo ulteriormente completare la citazione della insigne Autrice:

"Sulla base dell'analisi di Alexy e Dreier, è possibile caratterizzare l'approccio costituzionalistico secondo tre lineamenti principali.

In primo luogo, queste teorie pongono al proprio centro la dimensione della correttezza "morale" del diritto e affermano la sua non riconducibilità al diritto valido, secondo la prospettiva positivista, in soli termini formali. La connessione tra diritto e morale viene argomentata sulla base del processo di inclusione di contenuti morali nel diritto espressi dai principi e dai diritti inviolabili degli individui. La presenza di principi si traduce nella apertura del diritto a contenuti morali, e parallelamente, determina lo sviluppo di nuove forme (bilanciamento) di decisione giudiziale."²⁹

²⁷ Sul quale v. il bel libro di Bongiovanni, *Teorie costituzionalistiche del diritto*, Bologna, Clueb, 2000.

²⁸ Faralli, *Appendice alla Storia della Filosofia del Diritto di Guido Fasso*, Bari-Roma, Laterza 2005, p. 364 ss.

²⁹ Faralli, *op.cit.*, loc. cit.

Peraltro è agevole osservare che questa inclusione del diritto nell'etica era già stata anticipata da Benedetto Croce, ma è obiettivamente legata alla accettazione di una concezione del diritto come scienza dello spirito.³⁰

Nella concezione interpretativa, si aggiunge all'approccio positivistico, che già richiama all'articolo 12 "i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato"³¹, un approccio teologico che vede nella Costituzione e nei suoi principi una sorta di legge rivelata, anche se essa proviene da una forma di "religione naturale", cioè l'etica.

Ora, a parte l'ambiguità e l'anfibologia insita nello stesso modo di considerare il contenuto di questi principi (che verrà esaminata subito appresso), non può essere celato il tentativo di ritrovare sotto di essi un nuovo "decalogo Biblico" del XXI secolo. Si pensi al fatto che autori del calibro di Pizzorusso oppure Silvestri giungono a sostenere che il concetto di sovranità statale, dissolto dalle note vicende centrifughe e centripete, si ricompone nella Costituzione: la c.d. sovranità costituzionale. Tuttavia le maggiori polemiche non riguardano l'uso della nozione giuridica di "principio" bensì della nozione di "valore" che appare sempre più una nozione di carattere pseudo etico, ma in realtà politico o addirittura economico, seppure giuridicamente mascherato. Poiché il dibattito investe in pieno la problematica della applicazione e della interpretazione contemporanea nel diritto pubblico, ed in particolare nel diritto amministrativo, preferisco unificarne la trattazione nel secondo paragrafo dedicato alla attuale consistenza della nozione di diritto amministrativo.

2. Diritto amministrativo

Questo ramo del diritto segue le sorti dell'ordinamento multilivello, ed è soggetto allo stesso processo reticolare verticale e orizzontale.

Mentre, all'indomani della rivoluzione francese, il potere esecutivo era il braccio operativo del sovrano laico, e dalla sovranità sono derivati tutti i caratteri tradizionali del provvedimento amministrativo, oggi il diritto amministrativo statale è solo uno dei diritti amministrativi con cui l'operatore e lo studioso debbano inevitabilmente confrontarsi. La sovranità tradizionale (cioè quella statale) comprendeva il monopolio della forza (innanzitutto la forza fisica, tradotta in forza giuridica) e quindi la dottrina aveva introdotto il fondamentale concetto della "forza dell'atto giuridico" (forza di legge, forza di provvedimento amministrativo ecc.). In particolare proprio la caratteristica di essere il più importante strumento operativo della

³⁰ V. B. Croce, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* sul quale cfr. L'omonimo saggio di P. Landi, Napoli, Editoriale Scientifica, 1996.

³¹ Sulla cui formazione v. il bel libro di Sciumè, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo 1837/1942*, Torino, Giappichelli, 2002.

legge e del governo aveva fatto attribuire al provvedimento amministrativo non solo il carattere della imperatività, ma soprattutto quello della “autoritarità” al contrario della “autorità” della legge e della sentenza. Le forme di sovranità “transazionale” o “private” non dispongono sempre di questi tipi di influenza e capacità di condizionamento del comportamento dei consociati: se il Tribunale Penale internazionale e l’Unione Europea dispongono del mandato di arresto, il WTO deve puntare sul valore arbitrale, la formazione degli standard e delle regole tecniche avviene su base pattizia da parte dei produttori ed è imposta ai consumatori su scala mondiale, soprattutto attraverso la “forza” della pubblicità commerciale, debitamente amplificata dai massmedia.

Orbene, questo processo ha portato ad un curioso fenomeno, poco studiato dalla dottrina giuspubblicistica: mentre diritto amministrativo (prima) e diritto costituzionale (poi) erano emersi dalla comune matrice dello *jus publicum Europaeum*, oggi essi sono in relazione asimmetrica. Infatti il diritto amministrativo è molto più esteso di quello costituzionale; e non è più sempre subordinato al medesimo: al punto che gli interpreti devono fare miracoli per costringere la Costituzione a dire quello che essa non contiene.

Tale metodo però svaluta decisamente il ruolo della Costituzione quale *lex fundamentalis*, e la fa sempre più divenire una forma di copertura dei processi di integrazione nazionale e comunitaria. Proprio il metodo solitamente applicato dalla Corte Costituzionale sulla c.d. interpretazione costituzionalmente orientata si trasforma in un’opera costante di adattamento della Costituzione medesima, mediante operazioni non solo di analogia juris ma soprattutto di interpretazione adeguatrice, integratrice o addirittura creatrice di principi costituzionali da parte delle Corti nel loro dialogo costante, e riassunte in quelli dichiarati dalla CGE e dalle Corti Costituzionali.

Ne consegue che l’imperativo categorico “kelseniano” contenuto nell’ultima disposizione della Carta Costituzionale (e consistente nell’obbligo non solo per i cittadini ma anche per i pubblici poteri di osservare fedelmente la Costituzione come legge fondamentale dello Stato) sembra essere rivolto più nei confronti del “contenitore” (cioè la Costituzione nel suo complesso) che del contenuto (le singole disposizioni normative costituzionali), le quali sono sottoposte ad un processo di creazione dinamica permanente, ben al di là dei limiti di una interpretazione tradizionale, non dico letterale, ma perfino storico evolutiva o teleologica.³²

³² Tra i numerosi contributi dedicati a questo tema v. in particolare M. Fioravanti, *Il valore della Costituzione* (a cura di), Roma-Bari, Laterza, 2009; A. Pizzorusso, *Il Valore della Costituzione*, 14/3/2005 Lezioni Norberto Bobbio X Lezione; v. altresì gli Atti del Convegno Annuale della Associazione Costituzionalisti 12/12 ottobre 2002; Blanco Valdes Roberto, *Il valore della Costituzione*, Padova, Cedam, 1997; R. Nania, *Il valore della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1986; M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli Editore, Milano, 1982.

In tale contesto (ma la problematica è diventata più acuta da quando la Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione hanno spinto l'acceleratore sull'obbligo della c.d. interpretazione conforme costituzione) un altro problema molto complesso e che coinvolge addirittura dei profili di teoria generale è quello della c.d. interpretazione per valori.

Come ha dimostrato Mario G. Losano³³ il concetto di valore è nato nella seconda metà del 1800 come modello di riferimento etico per il diritto. Tuttavia nessuno dubitava che dal punto di vista giuridico fossero vincolanti solo i principi generali del diritto e successivamente quelli dell'ordinamento giuridico dello Stato secondo quanto disposto dall'art. 12 delle preleggi al codice civile³⁴.

Ciò anche quando i principi stessi incorporano determinati valori.

Il metodo è emerso invece nella Costituzione di Weimar come completamento dell'integrazione politica di Smend³⁵ e fu decisamente avversato da Schmitt nel saggio *“La tirannia dei lavori”*³⁶ e ripreso negli ultimi scritti di Forsthoff.³⁷ In altri termini si tratta della annosa questione del rapporto tra “principi” e “valori” che viene chiamato in causa soprattutto nelle operazioni di bilanciamento che quasi sempre la Corte o meglio le Corti Costituzionali debbono fare durante il processo interpretativo per giungere alle loro decisioni. Ho avuto occasione in un altro saggio³⁸ di affermare in proposito che “L'apporto più originale del pensiero di Alexy a mio personale parere è quello che sottolinea da un lato il “peso” più che la validità dei principi generali e che in effetti consente proprio per questo una tecnica di bilanciamento non priva di razionalità; dall'altro il rinvio aperto da parte dei “principi” ai “valori”: così teorizzando, l'Autore salva la primazia del principio rispetto al valore con una replica implicita ma efficace alle critiche di Schmitt (*La tirannia dei valori*, cit.) e di Forsthoff (v. in *Ultimi scritti a cura di R. Mangia*, cit.) rispetto all'uso indiscriminato, aperto ed in ultima analisi “politico” dei “valori”. Tuttavia, proprio nella tecnica del rinvio aperto a “valori” è il limite della effettività giuridica del principio, sia perché i valori cambiano e piuttosto rapidamente nel contesto delle trasformazioni sociali, sia per il già accennato rischio di uso politico dei medesimi. (v. ad esempio il concetto del comune senso del pudore). Ma soprattutto il concetto stesso di principio rischia di assumere una valenza autoreferenziale, un sapore di “autorità”, e non

³³ M. G. Losano, *Dal novecento alla postmodernità*, terzo volume del saggio *Sistema e struttura del diritto*, Giuffrè, 2002.

³⁴ A. Sciumè, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, Giappichelli, 2003.

³⁵ R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè collezione, Arcana Imperii, 1979.

³⁶ C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, trad.it Pellicani, Roma, 1987.

³⁷ R. Mangia, *L'ultimo Forsthoff*, Padova, Cedam, 1985.

³⁸ E. Picozza, *Teorie postmoderne e diritto amministrativo*, Studi in memoria di Francesco Paolo Pugliese, Napoli, Esi, in corso di pubblicazione.

di “verità”, contrariamente e contraddittoriamente rispetto alle basi di partenza etiche dei suoi insigni prospettatori.

Questa ambivalenza è del resto sottolineata forse inconsapevolmente dalla Faralli (op.ul. cit. p. 365) quando conclude “Le costituzioni che rientrano nel modello di Stato costituzionale si differenziano dal modello di stato di diritto perché racchiudono principi nei quali si esprimono delle decisioni valutative che si impongono al legislatore, in quanto principi e valori sono la stessa cosa”.

Non si può del resto a questo punto non richiamare la critica di Habermas³⁹ al pensiero di Alexy laddove in particolare afferma che “la subordinazione del diritto alla morale è fuorviante, in quanto non ancora del tutto liberata da connotazioni giusnaturalistiche”. Ma ancora di più appare non risolta la più volte citata critica di Schmitt e Forthoff alla categoria del valore come campionario di stoffe “politiche”.

La tentazione della stessa Corte Costituzionale di interpretare i “valori” attraverso categorie politiche – anziché come sottolineato da Dworkin e da Alexy – attraverso la riconduzione a regole etiche che da sole assicurano la “integrità” del diritto è evidente, dal semplice esame di numerose sentenze, recenti e meno recenti. Anzi vi è di più: la Corte attribuisce a volte un valore “politico” predominante nel processo di bilanciamento a categorie di per sé non politiche, quali il contenimento della spesa pubblica e altri criteri di analisi economica del diritto. Ma in tal modo si deve concludere che la scelta dei valori nel processo di bilanciamento è una scelta politica e non giuridica e che quindi (come avevo scritto più di 20 anni or sono) anche la Corte Costituzionale è titolare di un proprio indirizzo politico.⁴⁰

Dopo questa breve, ma importante digressione e continuando l’analisi del c.d. diritto amministrativo europeo emergono i seguenti modelli di azione amministrativa:

- a) azione diretta della C.E. sia nei confronti del proprio ordinamento, sia nei confronti di tutti quelli degli Stati Membri (es. materia di concorrenza e aiuti di Stato);
- b) amministrazione indiretta, attraverso un’operazione di adeguamento del diritto nazionale (es. appalti pubblici);
- c) amministrazione “intrecciata” da *Verpflichtung*: essa si presenta in vari sottomodelli:
 - 1) i procedimenti amministrativi “composti” quali le sovvenzioni e le funzioni di coamministrazione italo/comunitarie;
 - 2) l’integrazione decentrata con l’istituzione di un ente sopranazionale e la previsione di strumenti di raccordo (es. Agenzia Europea dell’ambiente);
 - 3) il concerto di funzioni e l’organizzazione composita ad esempio con il garante Europeo della protezione dei dati personali, e l’integrazione strutturale e fun-

³⁹ Habermas, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996.

⁴⁰ E. Picozza, *L’attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1988.

zionale delle autorità indipendenti e dei regolatori nazionali. Si tratta di una tipica organizzazione a funzioni multilivello (es. comunicazioni elettroniche).

Tale formula viene realizzata in due modi:

- Istituzione obbligatoria cui affidare determinati compiti
- Organismo misto presso la Commissione Europea

Tuttavia al di sopra di tutte queste forme si pone il principio di leale collaborazione, ed un principio valore che è la sussidiarietà sia in senso verticale che in senso orizzontale.

Quanto ai modelli di azione amministrativa nel c.d. diritto amministrativo globale, essi sono molteplici, non suscettibili di essere nemmeno sintetizzati nello spazio consentito ad una relazione e pertanto si rinvia alla perspicua bibliografia sopra indicata alla nota 1: resta ad accertare se si tratta di azioni (e di organizzazioni) proprie e analizzate dalla scienza del diritto amministrativo, ovvero di attività ed organizzazioni proprie di pubbliche amministrazioni internazionali e transnazionali, ma la cui natura giuridica non può essere ricondotta alla dogmatica del diritto amministrativo in senso proprio.

Quale che sia l'ampiezza e la corrispondenza tra diritto amministrativo nazionale, comunitario, internazionale e globale, in esso sono presenti tutte e quattro le relazioni fondamentali tra gli esseri umani come descritte efficacemente dagli studi antropologici⁴¹ si propone "un modello di relazioni sociali umane secondo il quale tutti noi ci interconnettiamo gli uni con gli altri, impiegando quattro forme elementari di relazione sociali:

- condivisione di beni comuni, in cui le persone hanno un senso di identità condivisa;
- gerarchia secondo autorità, in cui le persone stabiliscono relazioni seguendo una gerarchia;
- comparazione secondo eguaglianza, in cui si stabiliscono relazioni egualitarie tra le parti;
- e valutazione secondo mercato, in cui le relazioni sono mediate da valori derivanti da un sistema di mercato".

Orbene gli attrezzi concettuali del diritto amministrativo possono essere utilmente impiegati in ciascuna della quattro relazioni fondamentali e più precisamente:

- a) la categoria del bene pubblico ed in particolare di quello immateriale per la prima relazione;
- b) la categoria della autorità (e non del potere che corrisponde alla stessa distorsione che si è avuta a proposito della quarta relazione, quella di mercato, v. infra, cioè la sopraffazione) è applicabile nelle relazione di gerarchia che legittima l'esercizio

⁴¹ A.P. Fiske, *Structures of social life: the four elementary forms of human relations*, The Free Press, New York, 1991.

- delle funzioni pubbliche quali “servizi” da rendere in nome e per conto della collettività e non della classe politica o burocratica;
- c) la categoria dei diritti fondamentali (v. articoli 13/21 della nostra costituzione e la seconda parte del Tratta di Lisbona, oltre naturalmente alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo e alla Convenzione Europea dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali del 1950) corrisponde al senso del terzo tipo di relazione, cioè il complesso delle relazioni paritarie;
 - d) i diritti economici, il nucleo del diritto dell’economia ed in particolare la divisione tra diritti e doveri del produttore e diritti del consumatore, corrisponde alla quarta ed ultima relazione: tuttavia come la funzione non deve essere sostituita dal potere (che è una situazione giuridica strumentale e non finale, almeno negli stati democratici); così i diritti del produttore non debbono trasformarsi in imposizione nei confronti del consumatore (attraverso un uso improprio della pubblicità dei mass media e il potere lobbistico nei confronti della azione politica)⁴².

3. La funzione del Giudice amministrativo

Anche il tal caso l’esame non può che essere strettamente consequenziale.

Il giudice amministrativo non è solo il giudice della funzione amministrativa, come ancora si sente dire e si vede scrivere, ma è il giudice “dell’intreccio”.

Esso quindi non solo deve realizzare il principio dell’effettività della tutela giurisdizionale, ma è forse il principale attore del dialogo con le corti, almeno quattro in ordine crescente di importanza.

- a) con la Corte di Cassazione a SS.UU. (vedi vicende della pregiudiziale amministrativa e in generale dell’accertamento della mobilità dei confini nei c.d. limiti interni sul tema di giurisdizione esclusiva: es: risarcimento del danno);
- b) con la Corte Costituzionale (es. già fatto proprio a proposito del Tar Puglia Bari);
- c) con la Corte di Giustizia dell’U.E., e non solo attraverso il rinvio pregiudiziale, ma con una sapiente opera di integrazione, adattamento e applicazione dei suoi principi⁴³;

⁴² I condizionamenti sono efficacemente descritti nel libro di N. Irti, *La tenaglia*, Roma –Bari, Laterza, 2008 in cui si dimostra come la politica sia appunto attanagliata tra le ganasce della tecnocrazia e quelle della teocrazia.

⁴³ Vedi ad esempio Consiglio di Stato, sez. V, n. 4207/2005 “Il Collegio deve osservare che secondo la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia l’obbligo di rinvio della questione proposta davanti ad un giudice nazionale di ultima istanza non è assoluto ed inderogabile. A partire dalla nota sentenza 6 ottobre 1982 in C.283/81 (Cilfit) si è ammesso che l’obbligo di rinvio venga meno quando l’applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciare adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata. Alla detta statuizione, conosciuta ormai come teoria dell’atto chiaro, ha fatto

d) con la Corte CEDU a proposito della quale il giudice amministrativo ha addirittura anticipato l'orientamento della Corte Costituzionale.

A questi quattro livelli si aggiunge il dialogo con le autorità indipendenti nazionali e comunitarie "paragiurisdizionali", con organizzazioni non governative (WTO), religiose (Vedi Tar Lazio, sez. III quater, n. 7076 del 17 luglio 2009), sportive (vedi D.L. n. 220 del 19 agosto 2003 "Disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva") e persino bioetiche (procreazione assistita e diritto ad una fine dignitosa).

D'altra parte questo è il prezzo da pagare alla complessità.

Tuttavia a chiusura dell'ordinamento giuridico rimane posta la Corte di Cassazione a SS.UU. anche quale garante dell'ordinamento comunitario e nazionale che ha fino ad ora esercitato con fermezza tale ruolo.

Sotto questo profilo i due fari che debbono guidare illuminandone la strada del giudice amministrativo, sono costituiti da due principi generali del diritto naturale e positivo:

- a) l'effettività della tutela giurisdizionale;
- b) il giusto processo amministrativo.

A) Per quanto riguarda l'effettività della tutela giurisdizionale l'operato del giudice amministrativo non può che essere soggetto al controllo della Corte Cassazione a SS.UU.: ciò riguarda soprattutto la pienezza, la completezza e in ultima analisi la stessa effettività della tutela giurisdizionale.

Ciò vale soprattutto per la esatta individuazione del senso della giurisdizione esclusiva: la giustizia amministrativa si è notevolmente estesa (vedi Consiglio di Stato n. 717/2009) in modo accelerato negli ultimi tempi, ma deve fare ancora molta strada.

È in questa ottica infatti che si realizza il diritto amministrativo integrato con i principi comunitari ed internazionali.

B) Viceversa, a mio avviso, la trattazione e il rispetto del giusto processo appartengono costituzionalmente al giudice amministrativo: se infatti l'art. 111 Costitu-

seguito nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. Civ. sez. lav. 25 ottobre 2002 n. 15105; 23 novembre 2001, n. 14880; sez. I, 7 giugno 2000 n. 7699; 18 febbraio 2000, n. 1804; sez. lav., 1 febbraio 2000 n. 1105; sez. civ. I, 9 maggio 1999 n. 4564; 9 giugno 1998 n. 5673) e del Consiglio di Stato (Sez. VI, 20 ottobre 2004 n. 6884; Sez. IV, 19 giugno 2003 n. 3475; 31 maggio 2003 n. 3047; Sez. VI, 4 ottobre 2002 n. 5255; 1 aprile 2000 n. 1885; Sez. V, 23 aprile 1998 n. 478) l'enucleazione di ulteriori casi di esenzione dall'obbligo di rinvio, con riguardo sia alla esistenza di una precedente decisione della Corte comunitaria che abbia già risolto il dubbio interpretativo, sia alla irrilevanza della questione ai fini della definizione della causa. Più precisamente si è affermato (Sez. VI, n. 6884/2004, cit) «i giudici di ultima istanza non sono tenuti a sottoporre alla Corte una questione di interpretazione di norme comunitarie se questa non è pertinente (vale a dire nel caso in cui la soluzione non possa in alcun modo influire sull'esito della lite)...».

zione precisa che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge, è essenzialmente nella legge processuale che si attua (ma anche si accerta) il grado di rispetto del principio stesso. Quindi tutte le questioni attinenti al diritto di azione e di difesa, al rispetto del contraddittorio e della sua parità, alla durata ragionevole del processo, devono essere risolte all'interno del processo amministrativo.

Così anche per i profili strutturali del giusto processo e l'indipendenza, l'imparzialità, la terzietà del giudice, l'astensione e la ricsuzione, le regole sulla competenza.

Forse dovranno allargarsi regole sulla revocazione: soprattutto per omessa pronuncia e per errore di fatto anche se sul punto il giudice ebbe a pronunziarsi, in quanto ipotesi di violazione essenziale del principio del giusto processo.

Questa operazione di adeguamento mi appare indispensabile altrimenti la Corte di Cassazione dovrà intervenire in funzione di supplenza come sostanzialmente ha già fatto: ma si tratta di funzione impropria che allontanerà ulteriormente dagli standard comuni dei principali orientamenti di giustizia amministrativa degli altri paesi.

Infine il ruolo decisivo del giudice amministrativo si svolge tuttora nell'enucleare le situazioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo, contrariamente a quanto sostiene gran parte della dottrina e della giurisprudenza. Ho preso posizione con chiarezza sul dibattuto argomento⁴⁴ nel senso che occorre distinguere tra gli "interessi legittimi" che i principi del diritto internazionale o quelli del diritto comunitario, originario e derivato, chiamano "diritti soggettivi" e che debbono essere tutelati con la tecnica del diritto soggettivo⁴⁵, e gli interessi legittimi propri della identità nazionale dello Stato membro, tutelata e garantita dall'articolo 6 del Trattato di Nizza e in un prossimo futuro da quello di Lisbona (che tra l'altro equipara il valore giuridico del Trattato sull'Unione a quello sulla Comunità). Ma proprio l'acquisizione della complessità insita nel mondo contemporaneo e il rispetto delle quattro relazioni sociali fondamentali di cui ho accennato nel secondo paragrafo consentono di ritenere affatto tramontata la nozione di interesse legittimo che del resto ha dignità costituzionale (articoli 24,103,113 Cost.). Provando a sottoporre il testo costituzionale a quella opera di integrazione creativa cui le Corti Costituzionali o di ultima istanza ci hanno da tempo abituato, penso che non si tratti più dell'interesse legittimo immaginato dalla insigne dottrina alle origini del diritto amministrativo, e nemmeno di quello ipotizzato dagli sviluppi successivi e dalla stessa Assemblea Costituente. In realtà l'interesse legittimo sembra riposare il suo

⁴⁴ Cfr. E. Picozza, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in *Trattato di diritto amministrativo Europeo* a cura di M.Chiti e G. Greco, Milano, Giuffrè, prima edizione, 1997; Milano, Giuffrè, 2007, seconda edizione (voce completamente rifatta).

⁴⁵ V. per tutti CGE, 17 settembre 1997, in caso C. 54/96.

fondamento costituzionale proprio nel principio di solidarietà di cui all'articolo 2 della Costituzione italiana come correlato al principio di sussidiarietà orizzontale. È la traduzione giuridica della prima relazione sociale fondamentale, il senso di appartenenza e di condivisione dei beni comuni. Ne appare prova proprio il modo tutto speciale in cui è confermata l'azione di classe nei confronti della p.a. delineata dall'articolo 4 della legge 15/2009 attualmente oggetto di implementazione con apposito decreto delegato in corso di approvazione. È noto che le propaggini dell'interesse legittimo risalgono addirittura alla c.d. destra hegeliana come messo brillantemente in luce da un valoroso Collega di disciplina:⁴⁶ non sembra infatti potersi revocare in dubbio che l'interesse legittimo appare collegato intimamente all'interesse pubblico attraverso "lo spirito del popolo" meglio traducibile secondo la sensibilità giuridica italiana dell'epoca nell'interesse nazionale.

È quindi una figura soggettiva che non a caso si afferma durante e dopo l'involuzione autoritaria del giovane stato italiano e che sta a guardia dello stato corporativo prima, e post corporativo, dopo la Costituzione, come ho avuto occasione di mettere in luce in un saggio sulla giurisdizione esclusiva⁴⁷.

Ma proprio il passaggio da Stato sociale (non sempre di diritto) a Stato sociale di Mercato (modello incorporato anche dall'Unione Europea e codificato dal Trattato di Lisbona)⁴⁸; l'introduzione del principio di sussidiarietà che è anche solidarietà come dimostrato dalla dottrina⁴⁹; nonché le acquisizioni della dottrina antropologica anche in senso giuridico⁵⁰, e le stesse esperienze neuro scientifiche⁵¹ legittimano il permanere della categoria giuridica, non più ancorata alla legittimità dell'azione amministrativa e nemmeno alla protezione di un bene individuale della vita: ma quale contributo partecipativo alla costruzione della decisione amministrativa (interesse procedimentale) e rivendicazione della sua legalità sostanziale (nel processo).

Questa tesi sembra trovare del resto ampie conferme dall'analisi del pluralismo delle fonti di diritto e dai mutati caratteri dell'azione amministrativa.

Quanto al primo, oltre la dimensione globalizzata del fenomeno, non appare dubbio che a livello di rilevanza politica e di efficacia sociologica, non è più possibi-

⁴⁶ M. Fracanzani, *Alle radici teoriche dell'interesse legittimo in Diritto Processuale Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1997.

⁴⁷ E. Picozza, *La giurisdizione esclusiva dall'avvento della Costituzione ad oggi*, in *Atti del 49° Convegno di Studi Scienze Amministrative*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁴⁸ V. L. Casseti, *La cultura del mercato tra interpretazioni della costituzione e principi comunitari*, Torino, Giappichelli, 1997.

⁴⁹ V. per tutti D. D'Alessandro, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004; I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, Jovene, 2003.

⁵⁰ R. Sacco, *Antropologia giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007 e il già citato saggio di Fiske.

⁵¹ V. per tutti M. Iacoboni, *I neuroni specchio. Come capiamo ciò che fanno gli altri*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008.

le distinguere tra regolamenti ed atti amministrativi generali. Il solo esempio del ruolo del piano regolatore generale (che è un atto amministrativo generale) rispetto al regolamento edilizio (che pure è una fonte secondaria del diritto locale) ne sembra costituire autorevole testimonianza.

Quanto alla seconda la complessità dell'azione amministrativa e i tentativi di semplificazione amministrativa (attraverso la conferenza di servizio, la negoziazione dell'attività amministrativa e la liberalizzazione e semplificazione delle attività economiche, tutti elementi codificati in primis dalla legge 241/1990 e s.m.i.) dimostrano il passaggio dalla legge parlamentare o regionale al governo ed infine alla governance.

Ma è estremamente rilevante anche la trasformazione del ruolo del giudice amministrativo.

Non a caso il diritto al risarcimento dei danni da lesione di interesse legittimo è conformato dalla giurisprudenza amministrativa in modo diverso rispetto al risarcimento dei danni da lesione di diritti soggettivi. Non a caso per prima cosa deve essere garantita l'esecuzione ovvero il risarcimento in forma specifica che può sovente escludere la concomitante richiesta di risarcimento in forma alternativa e monetaria. E del resto la classe politica soprattutto regionale, proprio allo scopo di frenare l'azione di giustizia del giudice amministrativo, ricorre sempre più frequentemente al deprecabile mezzo della "amministrazione per legge" brillantemente descritto dalla giovane dottrina⁵², portando così al paradosso di quel fenomeno già esaminato dalla eminente dottrina costituzionalistica e fin dall'origine designato come "legge-provvedimento"⁵³.

Proprio il costante dialogo del giudice amministrativo con le altre Corti nazionali, Europee e Internazionali si sforza di trovare un punto di equilibrio tra le ragioni dell'individuo (diritto soggettivo) e quelle della comunità (interesse pubblico in senso oggettivo alias interesse collettivo) e costituisce il più forte se non l'unico rimedio per impedire che, da un lato, la legge diventi amministrazione del caso concreto e, dall'altro, l'amministrazione venga fatta per legge. Ancora una volta si ripropone l'antico binomio tra diritto e giustizia, e ancora una volta la figura storica del giudice (nel nostro caso il giudice amministrativo) si impone quale principale garante della seconda e della sua prevalenza rispetto al primo. Grazie.

⁵² Cfr. S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁵³ C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968.

Verso un nuovo rapporto tra i Tribunali statali e i Tribunali arbitrali nell'Unione europea?

di Rosario Espinosa Calabuig

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Tradizionale indipendenza tra procedimento arbitrale e procedimento giudiziario relativamente alla loro regolazione nell'Unione europea: non modificare lo status quo? – 3. Proposta della Commissione europea di includere l'arbitrato nell'ambito applicativo del regolamento (CE) 44/2001: presentazione del Libro Verde il 21 aprile del 2009. – 4. Punti deboli della proposta della Commissione europea: rischio di alterare il buon funzionamento attuale dell'arbitrato nell'Unione europea. – 5. Punti di forza della Proposta della Commissione europea: rapporto stretto tra l'arbitrato e i tribunali statali in alcune questioni specifiche che possono incidere sul regolamento (CE) 44/2001. – 6. Le tre domande della Commissione europea relativamente alla possibile modifica dell'ambito applicativo del regolamento (CE) 44/2001: quale potrebbe giustificare una modifica del regolamento?

1. Introduzione

Lo scorso 21 aprile del 2009 la Commissione europea ha presentato un *Libro Verde*¹ relativo alla revisione del regolamento (CE) 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni in materia civile e commerciale². Il *Libro Verde* è stato presentato assieme a una *Relazione* della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione di tale regolamento³ (cd. *Bruxelles I*), con l'intenzione di avviare una consultazione tra le parti interessate sui possibili interventi per migliorarne il funzionamento⁴. Con la presentazione del *Libro Verde* la Commissio-

¹ COM (2009) 175 definitivo.

² Regolamento (CE) 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, GU L 12 del 16 gennaio 2001. Si tengano presenti anche: l'accordo tra la Comunità e la Danimarca concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni in materia civile e commerciali firmato a Bruxelles il 19 ottobre 2005 (GU L 299, del 16 novembre 2005), che garantisce l'applicazione del regolamento (CE) 44/2001 in Danimarca a decorrere dal 1 luglio 2007; e la nuova convenzione di Lugano (GU L 339 del 21 dicembre 2007) che sostituisce quella del 1988 (GU L 319 del 25 novembre 1988).

³ COM (2009) 174 definitivo.

⁴ Una volta terminato il processo di consultazione, la Commissione ha pubblicato le risposte ricevute dai governi, Parlamenti nazionali, organismi nazionali degli Stati membri, Stati terzi, Università, parti interes-

ne formula delle proposte, alcune molto ambiziose, che riguardano aspetti di enorme rilevanza per il commercio internazionale in generale e per il mercato interno in particolare.

Tra queste proposte vi è quella di modificare l'ambito applicativo del Regolamento *Bruxelles I* per includere in esso l'arbitrato commerciale internazionale⁵. Questa materia è stata tradizionalmente esclusa dal regolamento (articolo 1), come già lo era dall'ambito di applicazione della originaria Convenzione di Bruxelles del 1968⁶, per essere disciplinata tramite diverse convenzioni internazionali, fondamentalmente la convenzione di New York del 10 giugno 1958 concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali estere e la Convenzione europea di Ginevra del 21 aprile 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale.

Tale proposta della Commissione è alla base del presente lavoro che si prefigge di verificare se veramente è possibile parlare oggi di un nuovo "dialogo" tra tribunali statali e tribunali arbitrali nell'Unione europea, e se tale dialogo possa giustificare la modifica del regolamento *Bruxelles I* o, in caso negativo, se sia preferibile lasciare immutata l'attuale disciplina europea, e cioè mantenere l'indipendenza tra procedimento arbitrale e procedimento giudiziario.

2. Tradizionale indipendenza tra procedimento arbitrale e procedimento giudiziario relativamente alla loro regolazione nell'Unione europea: non modificare lo *status quo*?

Tradizionalmente si è parlato della mancanza di *imperium* degli arbitri e della necessità di valutare, con l'appoggio dei tribunali statali, con quale forma assicurare il successo dell'arbitrato. Ma negli ultimi tempi, in cui l'arbitrato ha mostrato un rilevante sviluppo nelle controversie commerciali internazionali, si è osservato un aumento delle competenze degli arbitri e un cambiamento nel rapporto tra l'arbitrato, gli arbitri e i giudici nazionali, potendo parlarsi più di una collaborazione tra di loro che di un controllo di questi ultimi sui primi⁷.

sate, organizzazioni non governative. Disponibili in http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0002_en.htm

⁵ *Libro Verde*, p. 9.

⁶ Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni in materia civile e commerciale (GUCE C 27 del 26 gennaio 1998).

⁷ V. R. Lapiedra Alcamí, *Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial internacional*, Valencia, 2008, p. 77-82; J.C. Fernández Rozas, *Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia*, in *Derecho Privado y Constitución*, n° 19, 2005, p. 55-91; Id. *Arbitraje y Justicia Cautelar*, in *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, pp. 23-60.

Questo è dimostrato, ad esempio, dalla Legge modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale del 21 giugno del 1985, il cui articolo 5 incorpora un principio di limitazione nell'intervento del giudice nello sviluppo del procedimento arbitrale. Un principio presente nella grande maggioranza delle legislazioni arbitrali europee (ad esempio, l'articolo 7 della legge Serba; il paragrafo 578 della ZPO austriaca o l'articolo 7 della *ley española de Arbitraje*⁸, tra gli altri). D'altra parte, la Legge modello UNCITRAL, dopo la sua riforma del 2006⁹, ha mostrato ancora di più un'evoluzione relativamente all'indipendenza tra gli arbitri e i giudici nazionali, permettendo che gli arbitri possano adottare delle misure cautelari senza richiedere la collaborazione dell'organo giurisdizionale.

Se prendiamo in considerazione l'influenza che la citata Legge modello ha avuto su molte leggi statali è chiaro che questa novità può avere anche delle conseguenze importanti¹⁰.

L'intervento giudiziale minimo appena sottolineato è relativo soprattutto alla realizzazione delle prove e l'adozione di misure cautelari, come dimostrano diverse legislazioni europee. Ad esempio, la legge svedese 1999 (sez. 21 a 25), la legge austriaca (par. 578, 585, 593, 594 e 602), la legge danese (sez. 4, 9, 11, 13, 14, 16 e 27), la legge spagnola (artt. 7, 8, 15 e 33), la legge Serba (artt. 31 e 46), la legge bulgara (artt. 36 e 37), la legge italiana (art. 816ter, 818 e 819 ter c.p.c.) o la legge polacca (artt. 1191 e 1192 c.p.c.). La legge inglese – *Arbitration Act* 1996 – è invece più restrittiva perché non solo riconosce un rilevante potere d'intervento da parte dei tribunali statali (sez. 44, 45 e 69), ma in essa sono contemplate anche molte norme imperative e diverse cause per impugnare il lodo arbitrale (sez. 68)¹¹.

Proprio questa legge, l'*Arbitration Act* inglese, ha originato un grande dibattito negli ultimi tempi; un dibattito peraltro che riguarda il rapporto tra tribunali statali e tribunali arbitrali e la funzione del regolamento (CE) 44/2001. La causa di questo dibattito deriva dal ruolo di una figura tipicamente inglese, cioè l'*anti-suit injunction*, e il suo ruolo nell'ambito dell'arbitrato, che ha dato luogo a diverse sentenze dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea, in senso negativo, nella

⁸ Concretamente la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje. Su questa legge V. S. Barona Vilar, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004; C. Esplugues Mota, *Zur Regelung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im neuen spanischen Schiedsgesetz von 2003*, ZZPInt 9 (2004), p. 65-85; M. Gómez Jene, *El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje*, in *La Ley* n° 5952, 11.02.2004, p. 1-5 (www.laley.net).

⁹ V. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

¹⁰ C. Esplugues Mota, *Líneas generales de la regulación del arbitraje en Europea en las últimas décadas: paralelismos y divergencias con el proceso latinoamericano*, in A. Zapata/S. Barona/C. Esplugues, *Régimen jurídico del arbitraje interno e internacional en Latinoamérica y España*, Bogotá, 2010.

¹¹ C. Esplugues Mota, *Líneas generales*, cit., p. 15.

causa *Turner*¹², con sentenza del 27 aprile 2004 e nella causa *West Tankers*¹³, con sentenza del 10 febbraio 2009¹⁴.

In particolare la causa *West Tankers* (per la quale v. *infra*) permette di verificare l'applicazione del regolamento (CE) 44/2001 relativamente alla validità di una clausola arbitrale quando questa costituisca un'eccezione processuale in una causa che, in assenza di tale clausola, sarebbe entrata nell'ambito di applicazione materiale del regolamento (CE) 44/2001¹⁵.

3. Proposta della Commissione europea di includere l'arbitrato nel ambito applicativo del regolamento 44/2001: presentazione del Libro Verde di 21 de aprile del 2009

La Commissione è ben consapevole delle ragioni per cui l'arbitrato è escluso tradizionalmente dall'ambito applicativo del regolamento *Bruxelles I*, in quanto il riconoscimento e l'esecuzione delle convenzioni e dei lodi arbitrali sono disciplinati dalla convenzione di New York del 1958, di cui tutti gli Stati membri sono parti contraenti. Nonostante questa circostanza, la Commissione nella sua proposta ricorda come il regolamento è stato interpretato in alcuni casi specifici nel senso di includere anche l'arbitrato, il riconoscimento e l'esecuzioni dei lodi arbitrali. L'Autorità

¹² Corte giust., 27 aprile 2004, c.159/02, *Turner c. Grovit*, in *Racc.*, 2004-I, p. 3565. V. T. Kruger, *The Anti-Suit Injunction in the European Judicial Space Turner v Grovit*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, p. 570 ss; M. Requejo Isidro, *Medidas antiproceso: Turner v. Grobit, final discutible de un debate*, in *La Ley*, 30.06.2004; M.J. Elvira Benayas, *¿Existe alguna posibilidad de salvar lo nuestro?* In *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 9, 2005 (www.reei.org).

¹³ Corte giust., 10 febbraio 2009, c. 185/07, *Allianz SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers Inc. Vid. V. M. Requejo Isidro, West Tankers: the Advocate General's opinion*, in *The European Legal Forum*, 5/6 2008, pp. 250-256. *Id.*, *West Tankers: otra vez no a las antisuits injunctions*, in *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n° 2, 2009, pp. 429-437; *Id. Sobre la antisuit injunction y la cláusula arbitral en el espacio europeo de justicia. Observaciones para la cuestión prejudicial en el as. C-165/07, The Front Comor*, in *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. I, 2008, 2, pp. 403-433; C. A. Heinze /A. Dutta, *Enforcement of arbitration agreements by anti-suit injunctions in Europe –from Turner to West Tankers*, in *Yearbook of Private international law*, vol. IX 2007, pp. 415-438; S. Wolff, *Taking arbitration or breaking the system to fix it? A sink or swim approach to unifying European juridical systems: the ECJ Gasser, Turner, and West Tankers*, in *The Columbia Journal of European Law Online*, vol. 15, p. 65-69; H. Seriki, *Anti-Suit Injunctions and Arbitration: A Final Nail in the Coffin?*, in *Journal of International Arbitration*, vol. 23, 2006, pp. 25-37. Per un'analisi dei commenti critici della causa *West Tankers*, si veda <http://conflictoflaws.net>.

¹⁴ C. Esplugues Mota, *Líneas generales.*, cit. p. 19. V. anche S. Wolff, *Taking arbitration or breaking the system to fix it? A sink or swim approach to unifying European juridical systems: the ECJ Gasser, Turner, and West Tankers*, in *The Columbia Journal of European Law Online*, vol. 15, p. 65-69.

¹⁵ N. Bouza Vidal, *Procedimientos paralelos en torno a la validez del convenio arbitral: nuevos planteamientos después de West Tankers*, in *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. III, n° 3, 2009, p. 676.

europea in questo modo giustifica la sua proposta di una possibile inclusione dell'arbitrato nel ambito del regolamento *Bruxelles I*.

Certamente le decisioni che incorporano un lodo arbitrale sono frequentemente – ma non sempre – riconosciute ed eseguite in conformità del regolamento. Ed è anche certo che i provvedimenti provvisori riguardanti il merito di procedimenti arbitrali possono essere disposti ai sensi dell'articolo 31 del regolamento *Bruxelles I*, purché l'oggetto della controversia rientri nel campo di applicazione del regolamento. Ma per la Commissione il rapporto tra il regolamento e l'arbitrato determina delle difficoltà che bisogna tenere presente¹⁶, e cioè:

- a) Ci sono dei procedimenti giudiziari e dei procedimenti arbitrali paralleli quando la validità della clausola arbitrale viene confermata dall'arbitro ma non dal giudice.
- b) I meccanismi processuali previsti dal diritto nazionale con l'obiettivo di rafforzare l'efficacia degli accordi arbitrali (come le “*anti-suit injunctions*”) sono “incompatibili” con il regolamento se interferiscono indebitamente con la determinazione da parte del giudice di un altro Stato membro della propria competenza ai sensi del regolamento. Questo è caso della causa *West Tankers* che riguarda, tra l'altro, la competenza dei tribunali italiani nonostante una clausola arbitrale attribuisce la competenza ai tribunali inglesi. Tra i procedimenti di questo tipo si elencano quelli volti a nominare o ricusare un arbitro, stabilire la sede dell'arbitrato, la proroga dei termini o la nomina di un perito per l'assunzione preventiva di mezzi di prova.
- c) Non esiste un'attribuzione uniforme di competenze nei procedimenti che servono ad attuare un procedimento arbitrale, come stabilito nella causa *Marc Rich*¹⁷.
- d) Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni pronunciate da un giudice in violazione di una clausola arbitrale sono dubbi, così come sono dubbi il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni che riguardano la validità di una clausola arbitrale o che annullano o incorporano un lodo arbitrale.
- e) Il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali disciplinati dalla Convenzione di New York del 1958, continua la Commissione, sono considerati meno rapidi ed efficaci del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni.

Tutte queste difficoltà nel rapporto tra l'arbitrato e un procedimento giudiziario giustificano la presentazione della Proposta della Commissione di includere – parzialmente – l'arbitrato nel ambito del regolamento (CE) 44/2001. L'obiettivo sarebbe quello di migliorare il rapporto tra l'arbitrato e i procedimenti giudiziari e

¹⁶ *Relazione*, p. 9-10.

¹⁷ Corte giust., 25 luglio 1991, c.190/89, *Marc Rich & Co.AG. c. Società Italiana Impianti PA.*, in Racc., 1991, p. 3885.

garantire che le decisioni possano circolare in Europa, prevenendo quindi la possibilità di procedimenti paralleli¹⁸.

In particolare, la Commissione considera che si potrebbero includere nel regolamento i procedimenti giudiziari che servano ad attuare un procedimento arbitrale. Concretamente considera¹⁹:

- a) Si potrebbe attribuire competenza esclusiva per tali procedimenti ai giudici dello Stato membro della sede dell'arbitrato (dovendo stabilire dei criteri uniformi per determinare quella sede), il che potrebbe lasciarsi eventualmente all'accordo tra le parti. Questa norma permetterebbe di rafforzare la certezza del diritto.
- b) Si potrebbero applicare tutte le norme del regolamento in materia di competenza all'emissione di provvedimenti provvisori a sostegno dell'arbitrato (non solo l'articolo 31 attuale). Questi provvedimenti disposti dai giudici sono importanti per garantire l'efficacia dell'arbitrato, in particolare fino alla costituzione del tribunale arbitrale.
- c) L'inclusione dell'arbitrato nel regolamento (CE) 44/2001 permetterebbe anche il riconoscimento di decisioni sulla validità di una clausola arbitrale e chiarire il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni che incorporano un lodo arbitrale. Ciò potrebbe altresì garantire il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni che annullano un lodo arbitrale. Si eviterebbero così i procedimenti paralleli tra giudici e tribunali arbitrali quando la convenzione è considerata invalida in uno Stato membro e valida in un altro.
- d) Si potrebbe dare precedenza al giudice dello Stato membro in cui si svolge l'arbitrato affinché decida sulla sussistenza, sulla validità e sulla portata della clausola arbitrale.
- e) A questa proposta si potrebbe affiancare una cooperazione rafforzata tra i giudici aditi, fissando un termine per contestare la validità della clausola. Una norma di conflitto uniforme sulla validità delle clausole arbitrali che faccia rinvio alla legge dello Stato della sede dell'arbitrato potrebbe ridurre il rischio che la clausola sia considerata valida in uno Stato membro e invalida in un altro. Si migliorerebbe così, a livello comunitario, l'efficacia delle clausole arbitrali rispetto all'articolo II, comma 3, della convenzione di New York del 1958.
- f) Infine, per quanto concerne il riconoscimento e l'esecuzione, i lodi arbitrali, aventi efficacia esecutiva ai sensi della convenzione di New York del 1958, potrebbero beneficiare di una norma che permette di negare l'esecuzione di una decisione incompatibile con il lodo arbitrale. Si potrebbe addirittura attribuire allo Stato membro in cui è stato emesso il lodo arbitrale la competenza esclusiva a certificare l'esecutività del lodo e il suo equo svolgimento, in modo che il lodo

¹⁸ *Libro Verde*, p. 9.

¹⁹ *Libro Verde*, p. 10.

possa poi circolare liberamente nella Comunità. In particolare l'articolo 7 della convenzione di New York del 1958 potrebbe facilitare un ulteriore riconoscimento a livello europeo dei lodi arbitrali²⁰.

A fronte di tutte queste proposte (certamente ambiziose), la Commissione formula tre domande relativamente a come regolare l'arbitrato in tale regolamento:

- 1) rafforzando l'efficacia delle convenzioni arbitrali?
- 2) garantendo un buon coordinamento dei procedimenti giudiziari e arbitrali?
- 3) potenziando l'efficacia dei lodi arbitrali?

A tali domande si daranno delle risposte al termine del presente lavoro dopo aver valutato i punti deboli e forti delle proposte della Commissione formulate nel *Libro Verde*.

4. Punti deboli della proposta della Commissione europea: rischio di alterare il buon funzionamento dell'arbitrato nell'Unione europea

Per considerare le proposte della Commissione bisogna valutare precedentemente se veramente ha senso includere l'arbitrato nell'ambito applicativo del regolamento (CE) 44/2001. Vale la pena rischiare di modificare l'attuale situazione di "successo" della disciplina dell'arbitrato nell'Unione europea?

Non possiamo dimenticare che l'arbitrato commerciale internazionale costituisce un mezzo di soluzione alternativa delle controversie giudiziali, altamente consolidato a livello comparato. Parte del suo successo deriva precisamente dal fatto di essere un mezzo alternativo ai tribunali statali e dal fatto di avere una regolazione indipendente da dove si svolge l'arbitrato.

Ma soprattutto l'arbitrato ha una regolazione che funziona bene da tempo, tanto a un livello internazionale (con convenzioni internazionali come quella di New York del 1958 e la convenzione di Ginevra del 1961), come a livello nazionale (con leggi basate molte, come si è già indicato, sulla Legge modello UNCITRAL del 1985). Quindi, vale veramente la pena rischiare di modificare lo *status quo* per includere l'arbitrato nell'ambito applicativo del regolamento (CE) 44/2001?

Tale modifica per altro altererebbe il sistema delle fonti dell'arbitrato commerciale internazionale e il ruolo prioritario, almeno nell'Unione europea, della convenzione di New York, una convenzione di applicazione universale che, per questo carattere, in alcuni ordinamenti, come ad esempio lo spagnolo, sostituisce la soluzione statale in materia di riconoscimento ed esecuzioni dei lodi arbitrali. La convenzione

²⁰ Possibilità che potrebbe essere realizzata tramite uno strumento comunitario distinto (*Libro Verde* p. 10 *in fine*).

di New York costituisce pertanto la colonna fondamentale dell'arbitrato internazionale attualmente all'interno e al di fuori dell'Unione europea.

Con la modifica proposta dalla Commissione, il regolamento (CE) 44/2001 diventerebbe invece la fonte prioritaria di regolazione dell'arbitrato nei paesi dell'Unione europea, alterando il sistema attuale delle fonti dell'arbitrato e quindi il suo funzionamento così come conosciuto.

In questo senso, istituzioni specializzate nell'arbitrato come il *Comite francaise del'arbitrage*, la *International bar association of arbitration committee* o la *Association for International arbitration*, tra gli altri, sconsigliano fortemente la regolazione dell'arbitrato da parte del regolamento (CE) 44/2001. Bisogna quindi prendere in considerazione l'opinione di associazioni specializzate nell'arbitrato, come anche quella degli operatori giuridici e dei settori imprenditoriali con forti interessi nell'arbitrato, per dare luogo a una possibile riforma del regolamento (CE) 44/2001 come quella che propone la Commissione.

Tra le critiche di queste istituzioni sottolineiamo quelle formulate dall'*Association for International arbitration*, il *Comitè francaise de l'arbitrage* e la *International Bar Association Arbitration Committee*²¹, perché permettono di comprendere gli ostacoli principali all'inclusione dell'arbitrato nell'ambito applicativo del regolamento comunitario.

Per la *Association for International arbitration*, con sede in Belgio, l'inclusione dell'arbitrato nell'ambito del regolamento (CE) 44/2001 potrebbe causare diversi problemi che sembra che la Commissione non abbia valutato a sufficienza. Da un lato, potrebbe provocare un'interferenza con gli obblighi e i diritti degli Stati membri derivati della convenzione di New York del 1958 e dalla convenzione di Ginevra del 1961.

Altro problema riguarda l'impatto della Proposta sul funzionamento dell'arbitrato tra imprese dell'Unione e imprese che svolgono la propria attività al di fuori dell'Unione. L'obiettivo del *Libro verde* sarebbe, pertanto, "regionale" e poco adatto alla natura universale dell'arbitrato. Si corre il rischio, quindi, di "regionalizzare" il diritto dell'arbitrato nell'Unione europea che non servirebbe agli interessi commerciali ed economici degli operatori economici, degli avvocati e di coloro che abitualmente fanno ricorso all'arbitrato in Europa. Sembrerebbe che la Commissione non abbia preso in considerazione il fatto che l'arbitrato debba essere "indipendente" e diverso nella sua natura (ad esempio, l'arbitrato non deve incorporare nessun effetto obbligatorio precedente derivato di un procedimento arbitrale anteriore). E questo si può raggiungere meglio tramite una convenzione internazionale specifica dell'arbitrato che con il diritto comunitario regionale.

Peraltro, i pochi casi in cui sono sorti dei problemi riguardo, ad esempio, all'esecuzione dei lodi arbitrali nell'Unione europea durante gli ultimi 40 anni, non giu-

²¹ Disponibili in http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0002_en.htm

stificano il cambiamento proposto dalla Commissione. La Comunità arbitrale non sente la necessità di questi cambiamenti che, d'altra parte, potrebbero avere quale conseguenza che Stati membri o Stati esterni all'Unione, che normalmente scelgono uno Stato dell'Unione come sede dell'arbitrato, preferiscano non farlo più per i rischi e le incertezze derivati di questi cambiamenti²².

D'altra parte, il *Comité française de l'arbitrage* fa riferimento alle difficoltà derivanti dai rapporti tra il regime proposto per la Commissione e il regime già esistente nelle convenzioni internazionali (ad esempio, la convenzione di New York del 1958 o la convenzione di Washington del 18 marzo 1965) e nelle diverse leggi nazionali. Per il *Comité française* l'arbitrato già funziona bene nell'Unione europea e pertanto non c'è bisogno di includerlo nell'ambito del regolamento (CE) 44/2001. Peraltro, né il regolamento (CE) 864/2007 dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (*Roma II*)²³, né la nuova convenzione di Lugano sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione del 10 giugno 2009²⁴ (che fa riferimento espressamente al regolamento (CE) 44/2001), includono l'arbitrato nel loro ambito applicativo.

Sorprende che la proposta della Commissione non faccia nessun riferimento a questi due testi recenti, il che fa venire i dubbi sulla Proposta in sé. D'altra parte, una modifica nel senso della proposta introdurrebbe delle complicazioni per gli avvocati che operano dentro l'Unione europea dove la disciplina, fino adesso, ha funzionato in modo soddisfacente.

In fine, critica è anche la *International Bar Association Arbitration Committee*, che ricorda come già il *Heidelberg Report* sull'applicazione del regolamento (CE) 44/2001²⁵, redatto da illustri professori, era contrario all'inclusione dell'arbitrato nell'ambito del regolamento. Peraltro le difficoltà che sottolinea la Commissione sul rapporto tra l'arbitrato e i tribunali statali sono eccezionali. Ad esempio, l'unico caso relativo ad un conflitto tra una decisione che annullava un lodo emesso in un Stato membro e un'altra decisione posteriore in altro Stato membro che riconosceva invece il lodo annullato, è stato il caso francese *Putrabali*²⁶. Peraltro, riguardo a sentenze relative alla validità di una clausola arbitrale, l'unico caso in cui ad una sentenza di questo tipo emanata in un Stato membro è stato negato il riconoscimento in un

²² V. Documento della *Association of International Arbitration*, p. 2-3 e p. 10.

²³ GU L 199 del 31 luglio 2007, p. 40.

²⁴ GU L 339 del 21 dicembre 2007, che sostituisce quella del 1988 (GU L 319 del 25 novembre 1988).

²⁵ *The General Report of the Study on the Application of Regulation Brussels I in the (former) 25 Member States (Study JLS/C4/2005/03)*. V. B. Hess/T. Pfeiffer/P. Schlosser, *The Brussel I regulation 44/2001 Application and Enforcement in the EU*, Oxford, 2008.

²⁶ *Causa Société PT Putrabali v./Société Rena Holding and Société Maguntia Est Epices*, Civ. 29.06.2007, in *Rev. Arb.* 2007, p. 507.

altro Stato è il caso *Fincantieri*²⁷. Ma il rifiuto del riconoscimento era motivato in quanto la sentenza della Corte d'appello di Genova si era limitata in questo caso a valutare la validità della clausola arbitrale. In conseguenza di ciò il regolamento non era applicabile a quella decisione e i tribunali francesi applicarono il loro diritto nazionale sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze straniere, che includeva la verifica della giurisdizione indiretta del tribunale straniero²⁸.

Infatti, come ha stabilito la Corte di giustizia in casi come *Marc Rich* e *West Tankers*, se la questione principale della controversia, ad esempio una azione per danni, rientra nell'ambito del regolamento (CE) 44/2001, allora le questioni preliminari relative alla validità di una clausola arbitrale rientrano anche nell'ambito di applicazione del regolamento. Questo può determinare problemi quando le parti iniziano un procedimento sul merito dinanzi i tribunali di un Stato membro in cui richiedano una decisione secondo la quale la clausola arbitrale non è valida né applicabile²⁹.

Sembra pertanto chiaro che per le istituzioni specializzate nella pratica arbitrale non c'è nessuna necessità di includere l'arbitrato nell'ambito applicativo del regolamento (CE) 44/2001, perché questo potrebbe avere delle conseguenze avverse sull'efficacia delle convenzioni arbitrali e sulla circolazione dei lodi arbitrali nell'Unione europea. Nonostante questa obiezione, se la Commissione decidesse di operare tale modifica, si dovrebbero specificare delle regole per garantire l'efficacia delle convenzioni arbitrali e la compatibilità tra il regolamento e la convenzione di New York del 1958, sul punto v. *infra*³⁰.

5. Punti di forza della Proposta della Commissione europea: rapporto stretto tra l'arbitrato e i tribunali statali in alcune questioni specifiche che possono incidere sul regolamento (CE) 44/2001

Nonostante tutto quello che si è appena indicato, è chiaro che lo stesso successo dell'arbitrato ha determinato negli ultimi tempi delle situazioni in cui il rapporto tra l'arbitrato e i tribunali statali è diventato molto più stretto. In particolare in quattro

²⁷ *Legal Department du Ministère de la Justice de la république d'Irak v. Sociétés Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Finmeccanica et Armamenti e Aerospazio*, Corte d'appello di Parigi, 15.06.2006, in *Rev. Arb.* 2007, p. 90.

²⁸ Aspetto che secondo le parti non esisteva perché la decisione del Tribunale di Genova era in violazione del principio *Kompetenz-Kompetenz* arbitrale. Contrariamente, se il Tribunale di Genova avesse deciso sulla validità della convenzione arbitrale e sul merito della controversia, la sua decisione sarebbe stata riconosciuta in Francia conformemente all'articolo 33 del regolamento (CE) 44/2001. V. Documento della *International Bar Association Arbitration Committee*, p. 3.

²⁹ *Ibidem* p. 4.

³⁰ V. Conclusioni della *International Bar Association Arbitration Committee*, p. 11-12. Disponibile in http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0002_en.htm

questioni: a) La nomina giudiziale dei arbitri; b) Le misure cautelari; c) L'annullamento del lodo eventualmente dettato; d) Il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali esteri.

Questo forte rapporto in queste questioni specifiche deve senza dubbio essere preso in considerazione per trovare delle soluzioni che permettano di risolvere le frizioni che attualmente si producono. La Commissione fa riferimento nel Libro Verde tanto alle difficoltà derivate dall'*interface* tra il regolamento e l'arbitrato come ai conflitti derivati dei procedimenti paralleli (giudiziari e arbitrali), e i casi in cui un giudice non riconosce una clausola arbitrale in opposizione del tribunale arbitrale che la riconosce. In questi casi è vero che l'esclusione dell'arbitrato dal campo di applicazione del regolamento ha provocato delle difficoltà. Ma un limitato numero di incongruenze non è sufficiente per giustificare un cambiamento come quello che si propone, come ha manifestato la *Association of International Arbitration*³¹.

Questo forte rapporto ha dato vita ad alcune sentenze della Corte di Giustizia in cui sono state valutate questioni collegate al regime dell'arbitrato che incidono – anche se indirettamente – sull'applicazione del regolamento (CE) 44/2001.

In particolare la Corte ha cercato di distinguere, sebbene in un modo artificiale, tra: a) Procedimenti di "applicazione" dell'arbitrato, tra cui si includerebbe la nomina degli arbitri (causa *Marc Rich*); b) Procedimenti di "appoggio" di un arbitrato, tra cui si includerebbero i provvedimenti provvisori. Si conferma così che la competenza di un tribunale statale per adottare delle misure provvisorie è regolata da regolamento (CE) 44/2001, anche se le parti hanno scelto l'arbitrato tramite una convenzione arbitrale (causa *Van Uden*)³².

³¹ V. Documento dall'*Association of International Arbitration*, p. 10.

³² Questa causa ha la sua origine nel 1993 quando la società *Van Uden*, con sede a Rotterdam, e la società *Deco-Line*, con sede ad Amburgo, stipulano un contratto in base al quale la prima doveva mettere a disposizione della seconda uno spazio di carico nelle navi. Da parte sua, la *Deco-Line* doveva pagare tale utilizzo in conformità con le tariffe accordate tra le parti. *Van Uden* inizia un'azione contro *Deco-Line* per inadempimento del contratto dinanzi ai tribunali arbitrali dei Paesi Bassi che erano stati scelti nel contratto tramite una clausola arbitrale. Visto che *Deco-Line* non mostrava la diligenza opportuna nella celebrazione del arbitrato, *Van Uden* decide di iniziare un procedimento parallelo dinanzi al giudice olandese domandando delle misure provvisorie per richiedere il pagamento delle fatture. *Deco-Line* presenta allora l'eccezione di incompetenza del giudice olandese per conoscere delle misure provvisorie allegando due motivi relativi, da una parte, al fatto di non avere nessun bene per essere pignorato in Olanda; d'altra, il fatto che visto che la società era domiciliata in Germania solo poteva essere convenuta dinanzi al giudice tedesco. Il giudice olandese, invece, rifiutò l'eccezione d'incompetenza sostenendo che era un provvedimento provvisorio nel senso dell'articolo 24 della Convenzione di Bruxelles (attuale articolo 31 del regolamento 44/2001) e si dichiarò competente secondo le regole di competenza olandese (in quanto giudice della parte attrice). Peraltro, il giudice valutò che la clausola arbitrale non aveva effetti sulla competenza in considerazione della compatibilità tra i due procedimenti. Il 21 giugno del 1994 il giudice olandese condanna *Van Uden* che quindi appella la sentenza. La causa ha poi raggiunto la Corte Suprema la quale presente diverse domande pregiudiziali alla Corte di Giustizia delle Comunità europee relativamente, tra le altre, la compatibilità tra il

Il risultato sembra però poco logico e alquanto insicuro. Si tratta in realtà di un criterio artificiale, che non prende in considerazione la realtà dell'arbitrato attuale e gli ultimi sviluppi intervenuti nell'ambito della tutela cautelare, come si desume del nuovo capitolo IV A della Legge modello del arbitrato dell'*UNCITRAL* nella versione del 2006, in cui la tutela cautelare si esclude dalle funzioni di appoggio e supervisione a cui si riferisce l'articolo 6³³. Si tratta quindi di cause isolate su questioni molto specifiche che non giustificano il mettere a rischio il buon funzionamento attuale dell'arbitrato tramite una riforma del regolamento (CE) 44/2001 che permetta di dare soluzione a situazioni eccezionali e poco abituali.

D'altra parte, assieme ai casi appena sottolineati, ci sono stati anche dei casi in cui la Corte di Giustizia ha dovuto fare fronte a istituti non pensati particolarmente per l'arbitrato, come succede con le *anti-suit injunctions* del diritto inglese, ma che mettono l'arbitrato stesso in contatto con i tribunali statali degli Stati membri dell'Unione europea e, pertanto, col regolamento (CE) 44/2001.

Così è successo nella nota causa *West Tankers*³⁴ che permette di valutare il rapporto tra un tribunale arbitrale inglese e un tribunale statale, concretamente italiano (Siracusa), e l'applicazione del regolamento (CE) 44/2001. In questo caso, la Corte di Giustizia ha considerato che le *anti-suit injunctions* ordinate dal tribunale arbitrale inglese sono incompatibili con il regolamento (CE) 44/2001, e contrarie al suo "effetto utile", perché privano i tribunali degli Stati membri della loro competenza attribuita dal regolamento comunitario. In questo modo la Corte stabilisce la priorità del regolamento sulla convenzione di New York del 1958 e sul potere conferito alle parti per questa convenzione di scegliere l'arbitrato per risolvere le controversie.

In particolare, la possibile applicazione delle norme del regolamento sulla litispendenza e sul riconoscimento e l'esecuzione nei casi in cui i tribunali degli Stati membri non pervengono a medesime conclusioni relativamente alla validità, effica-

procedimento giudiziario e quello arbitrale. V. R. Lapiedra Alcamí, *cit.*, pp.190-197; F. Gascón Inchausti, *Nuevo marco para la adopción de medidas cautelares en el arbitraje internacional: la sentencia Van Uden del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, in *La Ley*, 1999, vol. 3, p. 2044; V. anche il commento alla sentenza da H. Gaudemet Tallon, in *Revue de l'arbitrage.*, 1999, n° 1, p. 161 ss.

³³ V. La risposta del Dipartimento di Diritto internazionale "Adolfo Miaja de la Muela" dell'Università di Valencia, in http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0002_en.htm

³⁴ La causa nasce dalla richiesta del risarcimento danni causati in un molo di proprietà della *Erg* sito in Sicilia, da parte di una nave proprietà di *West Tankers* e noleggiata da *Erg Petroli*. Quest'ultima decide di iniziare – in conformità alla clausola arbitrale conclusa con *West Tankers* – un'arbitrato a Londra contro *West Tankers* per ottenere un risarcimento dei danni che era superiore all'importo coperto dall'assicurazione contrattata con *Allianz*. Più tardi, il 30 luglio del 2003, *Allianz* inizia un'azione davanti al giudice di Siracusa contro *West Tankers* per ottenere le quantità pagate a *Erg Petroli*. Il 10 settembre del 2004 *West Tankers* chiede alla *High Court* di Londra che applichi ad *Allianz* (sulla base di una surrogazione legale) la clausola arbitrale stipulata tra *West Tankers* ed *Erg Petroli* e richiede una *anti-suit injunction* contro *Allianz* perché si astenga dal proseguire il procedimento iniziato dinanzi il giudice di Siracusa.

cia o applicabilità di una medesima clausola arbitrale, dimostra le difficoltà di trovare una disciplina adatta nel testo vigente del regolamento *Bruxelles I*. Con la causa *West Tankers* la Corte di Giustizia ha esteso l'applicazione del regolamento comunitario all'eccezione processuale dell'arbitrato quando questa eccezione si presenta in un procedimento il cui oggetto principale è incluso nel suo ambito applicativo. Questa decisione ha degli effetti negativi sia per le parti che hanno scelto l'arbitrato tramite una convenzione arbitrale, sia per gli Stati membri. Nel primo caso, la parte che desidera eliminare l'arbitrato può fare un uso opportunistico del *forum shopping* e della regola della litispendenza *prior tempore*. Nel secondo caso, il tribunale di uno Stato membro sarà obbligato a riconoscere le sentenze pronunciate dal tribunale di un altro Stato membro anche se non condivide la decisione del giudice di origine riguardo la nullità della convenzione arbitrale³⁵. Si critica insomma il modo in cui la Corte di giustizia sembra aver stabilito una sorta di controllo comunitario sulla pratica arbitrale degli Stati membri, il che non sarebbe certamente la funzione propria del regolamento (CE) 44/2001³⁶.

6. Le tre domande presentate dalla Commissione europea relativamente alla possibile modifica dell'ambito applicativo del regolamento 44/2001: quale potrebbe giustificare una modifica del regolamento?

Se valutiamo quanto detto fin qui, sembra chiaro che la modifica del campo di applicazione del regolamento non appare al momento opportuna. Nonostante ciò, bisogna rispondere alle tre domande proposte dalla Commissione relativamente a tale modifica per valutare quali di queste potrebbe giustificare una modifica del regolamento (CE) 44/2001. Cioè:

- a) Conviene rafforzare l'efficacia delle convenzioni arbitrali tramite il regolamento (CE) 44/2001?
- b) Conviene garantire un buon coordinamento tra i procedimenti giudiziali e arbitrali tramite il regolamento?
- c) Conviene migliorare l'efficacia dei lodi arbitrali tramite il regolamento?

Come si è già accennato, l'efficacia delle convenzioni arbitrali è salva grazie alla sua regolazione a livello internazionale, con carattere generali, per convenzioni come quella di New York del 1958 e di Ginevra del 1961, come a livello nazionale, nonostante le differenze tra le leggi nazionali riguardo al concetto stesso dell'accordo arbitrale (necessariamente scritto in paesi come la Spagna o l'Austria, non scritto in

³⁵ Conforme le considerazioni fatte da N. Bouza Vidal, *cit.*, p. 676 e 707.

³⁶ M. Requejo Isidro, *West Tankers: otra vez no a las antisuits injunctions*, *cit.*, p. 437.

altri come la Svezia o la Danimarca)³⁷. Pertanto, una norma di conflitto uniforme come quella che propone la Commissione non pare giustificata, potendo creare più problemi che altro.

Allo stesso modo, l'efficacia dei lodi arbitrali si vede oggi garantita nella Comunità grazie anche alla convenzione di New York del 1958, la cui applicazione è generalizzata e abitualmente uniforme sia dentro l'Europa come fuori. L'articolo VII, che favorisce l'applicazione delle norme più favorevole al riconoscimento dell'arbitrato, garantisce anche la sua efficacia.

Sembra che soltanto la seconda domanda che fa il *Libro Verde* potrebbe giustificare una possibile modifica dell'ambito applicativo del regolamento come previsione di una disciplina finalizzata a promuovere un coordinamento tra i procedimenti giudiziari e arbitrali. Certamente esistono delle questioni specifiche in cui l'arbitrato e gli arbitri hanno bisogno dell'assistenza giudiziale e questo rapporto ha determinato, come si è indicato sopra, la possibilità di applicare il regolamento in alcune decisioni della Corte di Giustizia. Decisioni non sempre felici ma che permettono di evidenziare la esistenza di problemi che non hanno una risposta adeguata e che prima o poi si dovranno risolvere, come ha segnalato anche l'Avvocato Generale nella causa *West Tankers*.

Il *Libro Verde* indica espressamente che la volontà del legislatore comunitario non è regolare l'arbitrato, ma garantire la fluida circolazione dei lodi arbitrali nella Comunità. E questa circolazione si consegue oggi con la convenzione di New York del 1958. Il *Libro Verde* parla anche di incorporare "parzialmente" l'arbitrato nell'ambito del regolamento, riferendo la sua applicazione futura ai procedimenti che servano ad attuare i procedimenti arbitrali. Tuttavia il criterio per determinare quali siano questi procedimenti, come ha dimostrato la giurisprudenza della Corte di giustizia, sembra poco chiaro e suscettibile di generare incertezza. Quindi dovrebbe cercarsi un criterio più definito, delimitando gli aspetti che potrebbero essere coperti dal regolamento (CE) 44/2001; ad esempio quelli relativi, da una parte, all'appoggio giudiziale riguardo l'adozione delle misure cautelari, su istanza di un tribunale arbitrale o su istanza delle parti in un arbitrato; o quelli relativi alla libera circolazione delle decisioni che dichiarano nulla una clausola arbitrale o eventualmente annullano un lodo arbitrale³⁸.

Peraltro non sembra che abbia molto senso includere una norma sulla giurisdizione internazionale di carattere esclusivo. Il carattere "denazionalizzato" dell'arbitrato attuale sembra incompatibile con la presenza di questo tipo di norme. Inoltre,

³⁷ C. Esplugues Mota, *Líneas generales.*, cit. p. 17-19.

³⁸ V. La risposta del Dipartimento di Diritto internazionale "Adolfo Miaja de la Muela" dell'Università di Valencia, in http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0002_en.htm

il riferimento allo Stato della sede dell'arbitrato non sembra adeguata, tanto per le difficoltà della sua determinazione (non sempre dalle parti), come per la sua rigidità, potendo convertirsi in un freno allo sviluppo dell'arbitrato nella Comunità. Il criterio dell'attribuzione della competenza proposto dovrebbe, quindi, essere valutato con molta ponderazione, prendendo in considerazione le differenze tra l'arbitrato e il ricorso ai tribunali statali e le loro particolarità³⁹.

Il legislatore comunitario dovrà pertanto valutare tante questioni specifiche riguardo l'arbitrato che contribuiscano allo sviluppo di questo meccanismo di risoluzione delle controversie dentro l'Unione europea. In particolare dovrebbe incidere sui punti specifici che la pratica ha dimostrato di essere più rilevanti e la cui regolazione ad opera del legislatore comunitario serva veramente di supporto alla pratica dell'arbitrato nell'Unione europea, nel rispetto della attuale regolazione internazionale dell'istituto⁴⁰.

³⁹ Ciò nonostante, alcuni autori hanno considerato che la necessità di fomentare un buon coordinamento tra i procedimenti arbitrali e giudiziari potrebbe giustificare una proposta come quella che fa il *Libro verde* nel senso di includere nel regolamento (CE) 44/2001 una norma che attribuisca competenza preferente ai tribunali dello Stato della sede dell'arbitrato per verificare la validità della convenzione arbitrale. Questa regola, in opinione di N. Bouza Vidal (*cit.*, p. 707), sarebbe compatibile con il modello internazionale di controllo della convenzione arbitrale stabilito nella convenzione di New York del 1958 e conforme alla Risoluzione adottata dal Comitato dell'arbitrato internazionale della *International Law Association* (ILA) nella sessione di Toronto del 2006 presa con l'obiettivo di evitare i procedimenti paralleli tra giudici e arbitri.

⁴⁰ La mancanza di precisione del *Libro Verde* contrasta, ad esempio, con le chiare proposte fatte dalla *International Bar Association Arbitration Committee*, nel caso in cui la Commissione decidesse d'includere l'arbitrato nel campo di applicazione del regolamento (CE) 44/2001. In particolare in queste chiare proposte si suggerisce, tra altro, di: a) modificare l'articolo 34 del Regolamento in modo da permettere ai Tribunali degli Stati membri di rifiutare il riconoscimento di una decisione che non prenda in considerazione quello che secondo il proprio diritto sarebbe una clausola arbitrale valida, o decisioni che sono incompatibili con un lodo arbitrale che sarebbe accolto secondo il suo diritto; b) limitare la norma sulla giurisdizione esclusiva dei tribunali dello Stato membro della sede dell'arbitrato alle misure "ancillari", escludendo le misure provvisorie e le misure sulle prove che sostengano l'arbitrato, che debbano essere esercitabili in qualsiasi Stato dove queste misure si devono oggetto di esecuzione; c) evitare una norma di conflitto uniforme nel regolamento comunitario sulla convenzione arbitrale; d) includere nel regolamento un principio per il quale una decisione emanata da uno Stato membro sulla validità di un lodo arbitrale possa rientri nel campo di applicazione del regolamento solo se è stata emanata nella sede dell'arbitrato e, nei casi di annullamento del lodo, se la decisione è stata emanata in modo conforme ad uno dei motivi del articolo V-1 (a) a (d) della convenzione di New York del 1958.

Nuovo pluralismo delle fonti, ruolo delle Corti e diritto privato

di Giuseppe Tucci

SOMMARIO: 1. La disciplina delle fonti e la dottrina. – 2. L'avvento della Costituzione del 1948 e la "rilettura" del diritto privato: principi e regole. – 3. Disciplina delle fonti e diritti inviolabili. – 4. Continua: universalismo dei diritti e apertura all'ordinamento internazionale nella Costituzione italiana. – 5. Relazioni tra ordinamenti giuridici e loro disciplina giurisprudenziale: Consiglio d'Europa e ordinamenti nazionali. L'art. 10 della Convenzione di Strasburgo. – 6. Dialogo tra le Corti e principio di laicità nell'interpretazione dell'art. 9 della Convenzione di Strasburgo. – 7. Continua: l'illegittima occupazione dei beni tra Corte dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e Corte di cassazione: le sentenze 348/2007 e 349/2007. – 8. Pluralismo delle fonti, dialogo tra le Corti e confisca: il caso Sud Fondi. – 9. I rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno e l'intervento della Corte costituzionale. – 10. La giurisprudenza della Corte di cassazione: la disapplicazione delle norme interne contrastanti con la Convenzione dei diritti dell'uomo e il ricorso a quest'ultima per ricostruire il diritto interno. – 11. Corte di cassazione e ricostruzione del diritto interno attraverso il ricorso all'interpretazione conforme al diritto sovranazionale ed alla giurisprudenza straniera. – 12. Conclusioni.

1. Il tema delle fonti del diritto ha rappresentato sempre un'area tradizionalmente condivisa tra gli studiosi del diritto pubblico e quelli del diritto privato, con una conseguente spartizione della materia¹.

Nel diritto privato, l'attenzione per il sistema delle fonti si manifesta in maniera particolare nei momenti storici in cui l'esperienza giuridica concreta mette in crisi l'identità tra diritto e legge, ponendo all'interprete l'esigenza di ripensare il suo stesso ruolo.²

¹ Il riferimento è a Pizzorusso, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in *Foro it.*, 2009, V, 216. Sulla stessa tematica v. Idem, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008, oltre a *Fonti del diritto*, in *Disposizioni sulla legge in generale, art. 1-9*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1977.

² L'opera di Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, ha una prima edizione nel 1899 e una seconda, con notevoli integrazioni, ma immutata nel suo impianto, nel 1919. Le "Dottrine generali del

Al contrario, quando il sistema delle fonti viene considerato un dato di partenza per costruire “Dottrine generali”, al civilista è attribuito unicamente il compito di costruire un sistema, linearmente semplice, da desumersi dallo stesso codice, appartenendo, invece, non al diritto civile, ma alla teoria generale del diritto, la trattazione relativa alle fonti ed alla loro interpretazione³.

Il problema delle fonti si complica, quando la nuova Costituzione introduce una gerarchia delle fonti assolutamente sconosciuta all’art. 1 delle Disposizioni preliminari al codice civile e, ancor più quando, sviluppando anche le aperture del nostro stesso testo costituzionale, il nostro ordinamento si apre al diritto sopranazionale. Ciò porta ad un pluralismo delle stesse, la cui integrazione richiede rapporti tra ordinamenti diversi, statali e non statali, secondo principi di coesistenza elaborati in primo luogo dalla giurisprudenza⁴.

La prevalenza degli studi di diritto privato nell’affrontare il problema delle fonti nei momenti in cui si registrano profondi cambiamenti sociali trova la sua spiegazione nella stessa vicenda storica del diritto privato.

Proprio all’inizio degli anni cinquanta del secolo scorso, Filippo Vassalli dedica tre importanti saggi al problema cruciale del sistema delle fonti nel diritto privato, particolarmente in relazione al rapporto tra legge e diritto⁵.

La statalizzazione del diritto privato, ricorda colui che si autodefinisce il redattore per i due terzi del codice civile, è un prodotto recente e contingente della storia del diritto⁶.

Il prevalere della dimensione statale del diritto ha territorializzato e nazionalizzato un settore dell’esperienza giuridica, come è appunto il diritto privato, che, per il suo intrinseco contenuto, travalica le frontiere degli Stati e richiede il superamento

diritto civile” di Francesco Santoro-Passarelli hanno conosciuto diverse edizioni, a partire dalla prima del 1944. V. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1980, 9° ed. Sul significato di tale rilevantissima opera v. Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, XI.

³ Così espressamente Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 18 ss.

⁴ Per tale evoluzione v. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1998, 80, ss., nonché Gorla, *I precedenti storici dell’art. 12 disp. prel. cod. civ.*, in *Foro it.*, 1969, V, 112, ora in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, 443 ss., e, per le più recenti prospettive, Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

⁵ Per il riferimento all’opera di legislatore v. Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Studi giuridici*, III, t. II, Milano, 1960, 605 ss., ove è pubblicato il testo del 1947, non molto dissimile dalla precedente stesura del 1942. Per tale ricostruzione v. Grossi, *Il disagio di un legislatore (Filippo Vassalli e le aporie dell’assolutismo giuridico)*, in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, 292 ss. I saggi che si richiamano nel testo sono *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi*, del 1950, *Estrastatualità del diritto*, del 1951, e *Esame di coscienza di un giurista europeo* dello stesso anno. Anche per il significato di tali saggi v. ancora Grossi, *Il disagio di un legislatore (Filippo Vassalli e le aporie dell’assolutismo giuridico)*, cit., 316 ss.

⁶ In tali termini v. Vassalli, *Estrastatualità del diritto*, cit., 765, nonché Id., *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, in *Studi giuridici*, III, t. II, cit., 576 ss.

del dogma della statualità del diritto⁷. Solo in tale prospettiva gli studi giuridici, secondo Filippo Vassalli, avrebbero potuto dare luogo al ravvicinamento ed alla successiva unificazione del diritto privato in un nuovo diritto comune⁸.

I contributi di Filippo Vassalli sopra richiamati si collocano negli anni successivi alla grande catastrofe dei nazionalismi giuridici, dopo che si erano verificate con tragica evidenza le previsioni di Benedetto Croce formulate agli inizi degli anni trenta nel presentare la traduzione, da lui stesso suggerita a metà degli anni trenta, proprio al nostro Editore Laterza, della celebre opera *La lotta per il diritto* di Jhering⁹. Essi, però, prescindono da un fatto storico fondamentale proprio ai fini del problema qui in esame; l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, avvenuta il primo gennaio 1948, rimasta non solo incompiuta, ma anche disattesa per molti anni¹⁰.

La nuova Costituzione modifica radicalmente l'assetto normativo di cui all'art. 1 delle Disposizioni preliminari del nostro codice civile per una serie di ragioni di cui la dottrina privatistica e pubblicistica non tarderà a rendersi conto¹¹. Essa, infatti, oltre a costituzionalizzare i principi fondamentali del diritto privato (es. artt. 2, 3, 4, 8, 10, 11, 13, 29), come avviene in molte delle esperienze simili del secondo dopoguerra, si pone, contrariamente a ciò che è accaduto per lo Statuto albertino, come fonte del diritto di rango superiore rispetto alle leggi ordinarie, come indicano i suoi artt. 134 ss e 138ss.¹²

Con l'entrata in vigore della nuova Costituzione cambia la forma storica dello Stato, che non è più lo Stato nazionale in forma di Stato di diritto, poiché si avvia la costruzione di una nuova forma politica destinata a superarlo¹³.

⁷ V. ancora Vassalli, *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., 767.

⁸ In questo senso v. Vassalli, *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., 771.

⁹ L'introduzione del Croce, destinata all'edizione del 1935, è riportata in Jhering, *La lotta per il diritto*, Bari, 1960, a cura di Piovani, 33 ss.

¹⁰ Il fenomeno sopra ricordato è ricostruito, tra gli altri, da Gregorio, *Quale Costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 35(2006), II, Milano, 2006, 849 ss.

¹¹ La soppressione dell'ordinamento corporativo avvenne con il R.D. L. 9 agosto 1943, n. 721 e, in termini più generali con il D.Lgs. Lt. 23 novembre 1944, n. 369, che ha soppresso tutte le organizzazioni sindacali fasciste, mantenendo però espressamente in vigore (art. 43), per i rapporti collettivi ed individuali, salve successive modifiche, le norme contenute nei contratti collettivi, negli accordi economici e nelle sentenze della magistratura del lavoro oltre che nelle ordinanze corporative. Per le radicali innovazioni del sistema delle fonti a seguito dell'entrata in vigore della nostra Costituzione v. Pizzorusso, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, cit., 220.

¹² Per tali problematiche v., in particolare, Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 311 ss.; Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 1996, su cui v. i riferimenti di Pizzorusso, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, cit., 216, nota n. 1.

¹³ In questo senso v. Fioravanti, *Fine o metamorfosi?*, in *Fine del diritto?*, a cura di Rossi, Bologna, 2009, 58.

2. L'avvento della Costituzione repubblicana ha reso operante un pluralismo delle stesse all' interno del nostro ordinamento, che ha portato ad una "rilettura" del diritto privato alla luce appunto della normativa di rango superiore, imponendo un'interpretazione dello stesso in termini conformi a Costituzione e, nel caso di riscontrata impossibilità in tal senso, il rinvio alla Corte costituzionale¹⁴.

Come conseguenza di tale cambiamento, il diritto attuale, specialmente nel suo massimo livello rappresentato dalla Costituzione e dalle diverse fonti sovranazionali pattizie, si esprime attraverso principi espliciti, i quali si configurano, nello stesso senso, come norme invalidanti e come norme di chiusura.

I principi si distinguono dalle regole singole poste dal legislatore ed anche dai "principi" di cui parla l'art. 12 delle Disposizioni preliminari; e ciò in quanto questi ultimi sono soltanto generalizzazioni della *ratio*, implicita nelle singole regole poste dal legislatore¹⁵.

I principi, a differenza delle regole, vengono di solito bilanciati, affinché possano operare anche congiuntamente. Ciò vale in primo luogo rispetto alle Costituzioni rigide, tanto che, secondo la nostra Corte costituzionale, in situazioni di carenza legislativa, spetta al Giudice ordinario, per risolvere il caso specifico, individuare un ragionevole equilibrio tra i principi costituzionali coinvolti¹⁶. Ma ciò vale anche e soprattutto rispetto alla normativa sovranazionale¹⁷; realtà del tutto nuova con cui si deve misurare il problema delle fonti¹⁸.

Nell'ambito dell'ordinamento comunitario, secondo l'art. 6, comma 1°, del Trattato sull'Unione Europea, quest'ultima riconosce sia i diritti sia le libertà sia i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali, alla quale si conferisce lo stesso valore giuridico dei Trattati; con la particolarità che, a norma dell'art. 52, comma 5°, della stessa, le disposizioni che contengono principi possono essere attuate, almeno in linea di principio, non attraverso un bilanciamento ad opera del Giudice, ma solo da atti legislativi ed esecutivi adottati da Istituzioni, Organi e Organismi dell'Unione, oltre che da atti di Stati membri allorché essi diano attuazione al diritto dell'Unione nell'esercizio delle rispettive competenze.

Al contrario, le stesse disposizioni possono essere invocate dinanzi a un Giudice solo ai fini dell'interpretazione conforme e del controllo di legalità degli atti.

¹⁴ Fondamentali a riguardo sono le considerazioni di Rescigno, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991, 16 ss.

¹⁵ Per tale distinzione v. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., 211; Id., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 85 ss.; nonché Alpa, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1993, 6 ss.

¹⁶ In tal senso v. Corte cost., 5 febbraio 1998, n. 11, in *Foro it.*, 1998, I, 996.

¹⁷ Per tale effetto diretto v. già Corte giust. 17 settembre 2002, causa C-413/99, in *Foro it. Rep.*, voce *Unione europea*, 1520; Corte giust. 26 gennaio 1999, causa C-18/95, in *Foro it.*, Rep., 1999, voce *Unione europea*, n. 1272

¹⁸ V. ancora Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., 222, nonché Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 10 ss.

I diritti, invece, riconosciuti dalla Carta attraverso disposizioni che enunciano regole, come precisa il comma 2° della stessa Disposizione, si esercitano, sicché il Giudice nazionale potrà dare diretta attuazione agli stessi, applicando il diritto nazionale come effetto diretto dell'integrazione tra ordinamenti¹⁹.

Per valutare se la disposizione comunitaria sui diritti fondamentali abbia effetto diretto, si richiede l'intervento della Corte di giustizia europea; problema rilevante non solo per il Giudice comune, ma anche per il Giudice delle leggi, poiché l'effetto diretto renderebbe inammissibile la questione di legittimità costituzionale basata sull'uso della norma costituzionale, in ipotesi enunciativa di principi e non di regole, come norma interposta²⁰.

3. Sul problema dell'evoluzione del sistema delle fonti, la nostra Costituzione, oltre che per il suo carattere rigido e per l'espressa previsione della giustizia costituzionale, ha inciso per alcune scelte di prospettiva compiute dai nostri Costituenti.

La prima importante scelta di prospettiva, adottata dai nostri Costituenti, è stata la formulazione dell'art. 2, che, andando al di là di ogni stretto positivismo, configura il testo costituzionale come "documento vivente". Di tale vicenda, a più di sessanta anni dall'entrata in vigore della Costituzione, si deve fare un bilancio positivo; e ciò sia in ordine al significato che la qualificazione in termini di inviolabilità dei diritti dell'uomo ha assunto nell'economia della norma sia in ordine alla progressiva estensione della categoria di tali diritti inviolabili, specie alla luce dell'integrazione che la norma in esame ha conosciuto con le Dichiarazioni internazionali in materia di Diritti dell'Uomo e con le Convenzioni internazionali, prima di tutto con quelle operanti nell'ambito europeo.

È pertanto importantissimo stabilire i criteri idonei ad individuare tale categoria di diritti.

Di sicuro, i diritti inviolabili non sono soltanto quelli che la Costituzione riconosce come tali (artt. 13, 14, 15, 24); sono tali, come si vedrà qui di seguito, anche altri diritti previsti nel testo costituzionale e non qualificati in tal senso²¹.

Al contrario, non tutti i diritti costituzionalmente protetti si possono qualificare come inviolabili; non lo è certamente, per fare qualche esempio, il diritto di proprietà, di cui all'art. 42, né l'iniziativa economica privata di cui all'art. 41, che trovano

¹⁹ In tal senso v. già Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, 2062, in relazione al caso *Granital*.

²⁰ In tale prospettiva Corte cost., 15 aprile 2008, n. 103, in *Giornale Dir. Amm.*, 2008, 9, 961, con riferimento al giudizio di legittimità in via principale, ha proposto istanza di rinvio, in base all'art. 267 (ex 234) alla Corte di giustizia.

²¹ In tal senso v. Rossi, *Principi fondamentali*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, cit., 39.

precisi limiti al loro riconoscimento in nome di altri beni e funzioni primarie con essi configgenti²².

Sono, invece, da considerare egualmente diritti inviolabili, dato il carattere aperto dell'art. 2, anche alcuni diritti non previsti nella Costituzione.

Grazie a questa dimensione della norma in esame, fatta propria dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, si pratica di fatto nel nostro ordinamento un nuovo universalismo dei diritti proiettato oltre i confini dello Stato nazione.

Diritti inviolabili, in definitiva, sono quei diritti dell'uomo che non solo non possono essere disconosciuti o limitati dal legislatore ordinario, ma che sono sottratti persino al potere di revisione costituzionale disciplinato dall'art. 138 Cost., almeno per ciò che riguarda il loro nucleo essenziale, in quanto essi hanno, come si è espressa la nostra Corte costituzionale, un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico sancito nel precedente art. 1 del nostro testo costituzionale²³.

I diritti inviolabili, così come sopra definiti, costituiscono il limite più rilevante all'ingresso sia delle norme internazionali generalmente riconosciute, alle quali è tenuto a conformarsi l'ordinamento giuridico italiano in base all'art. 10, comma 1°, Cost., sia delle norme internazionali pattizie e di quelle contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall'art. 11 Cost. o derivanti da tali organizzazioni²⁴.

Accanto all'art. 2 Cost., anche la presenza di alcune norme, come gli artt. 10, 11 e 117, comma 1°, nel testo adottato con la riforma del 2001, ha reso possibile alla nostra giurisprudenza recepire a livello costituzionale le dichiarazioni adottate attraverso accordi internazionali, arricchendo il catalogo dei diritti inviolabili o mediante il riconoscimento di nuovi diritti oppure attribuendo nuovi contenuti a diritti già riconosciuti sulla base del testo costituzionale²⁵.

²² Sul punto v. Rodotà, *Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1982, 118, per cui, in conseguenza della mancata qualificazione in termini di inviolabilità delle situazioni giuridiche nell'ambito dei rapporti economici, si è scelto un criterio di selezione degli interessi che permette di assicurare la prevalenza dell'interesse sociale su quello individuale. Per la particolare collocazione della proprietà e della libertà di iniziativa economica nella nostra Costituzione v. Baldassarre, voce *Diritti inviolabili*, cit., 24.

²³ V. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005, 93.

²⁴ Particolarmente rilevante sul punto è Corte cost., 22 marzo 2001, n. 73, in *Giur. cost.*, 2001, 2; in *Cass. pen.*, 2001, 3269 (con nota di Fois); in *Foro it.*, 2001, I, 2432 (con nota di Passaglia); in *Giur. it.*, 2001, 2213 (con nota di Tega), nonché Corte cost. 18 aprile 1991, n. 168, in *Riv. dir. internaz.* 1991, 108., in *Giur. cost.* 1991, 1409. In dottrina v. Rossi, *Principi fondamentali*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., 45, nonché Baldassarre, voce *Diritti inviolabili*, cit., 37.

²⁵ Ma v. già Corte cost., 22 ottobre 1999 n. 388, in *Corriere giuridico*, 1999, 1553 ed in *Cons. Stato* 1999, II, 1446, secondo la quale, essendo i diritti umani garantiti anche da convenzioni internazionali, al di là delle coincidenze nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che le esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione.

In tal modo, come più volte ha ribadito la nostra Corte costituzionale, i diritti garantiti da convenzioni internazionali trovano piena tutela costituzionale non solo sulla base del generale riconoscimento dei diritti inviolabili operato dall'art. 2, ma anche sulla base della considerazione che, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che le esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nelle rispettive interpretazioni²⁶.

4. Tra i documenti internazionali che hanno incrementato l'universalismo dei diritti dell'uomo va ricordata, in primo luogo, la Risoluzione generale dell'ONU del 10 dicembre 1948, n. 217-III, con funzione di dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; documento al quale poi si sono aggiunte risoluzioni successive su singoli aspetti della tutela della persona²⁷.

Secondo una giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, in virtù dell'art. 10 Cost., la Dichiarazione Universale, pur non avendo carattere vincolante, ha valore di fonte di norme internazionali generali e quindi è operante nel nostro ordinamento, sicché il richiamo alla stessa è stato variamente utilizzato dalle nostre Corti, per valutare la costituzionalità di nostre norme di legge e per ampliare la tutela di diritti soggettivi di particolari categorie di soggetti²⁸.

Su un piano assolutamente diverso, nell'ambito dell'integrazione delle nostre fonti di produzione del diritto, si pone, nell'ambito dell'organizzazione del Consiglio d'Europa, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e

²⁶ V. ancora Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388, in *Corr. Giur.*, 1999, 1553; in *Cons. Stato*, 1999, II, 1446, e, in dottrina, Orsello, *Diritti umani e libertà fondamentali: incremento, evoluzione, universalità nell'organizzazione internazionale e nell'ordinamento interno*, Milano, 2005, 111 ss., nonché Villani, a cura di, *La protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, 2005, *passim*.

²⁷ Nella Dichiarazione universale del 1948 sono stati proclamati i fondamentali diritti della persona, attinenti alla schiavitù, alla cittadinanza, alla tutela dello straniero e dell'apolide e ad altre libertà fondamentali. A questo documento si sono aggiunte risoluzioni successive, come quella del 21 novembre 1963, n. 1904, sulle discriminazioni razziali, e quella del 7 novembre 1967, n. 2263, sulla discriminazione contro le donne, ed altre successive. Per un'ampia sintesi sul punto v. particolarmente Costa, voce *Diritti fondamentali (storia)*, cit., spec. 396, 399.

²⁸ È questo il caso di Cass., 15 febbraio 1989, n. 908, in *Giust. civ. Mass.* 1989, fasc. 2, Informazione previd. 1989, 927, in cui si riconosce come possibile, ma infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 1 legge 222/1984, in tema di revisione della disciplina dell'invalidità pensionabile per presunto contrasto, oltre che con gli artt. 2, 3, 32 e 35 Cost., anche con l'art. 10, comma 2°, Cost. in relazione all'art. 25 Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. Nella stessa prospettiva v. Trib. Bari, 20 marzo 2004, n. 562, in *Giur. merito* 2004, 2230, con riferimento agli eredi di persona deceduta in seguito a trasfusione di sangue infetto ed al loro diritto, *jure successionis*, al risarcimento dei diversi danni patiti dal defunto, quali il danno biologico da invalidità permanente; il danno morale causato da lesioni mortali; il danno esistenziale; il danno da perdita della vita, ontologicamente diverso dal danno alla salute e risarcibile in base agli artt. 2 e 32 Cost., nonché in base all'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e all'art. 2043.

delle libertà fondamentali, che non solo ha previsto una serie di diritti, ma ha istituito l'apposita Corte dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo, per giudicare sulle violazioni dei diritti da essa stessa riconosciuti²⁹.

E su un piano ancora diverso, sempre nell'ambito dell'integrazione delle nostre fonti di produzione del diritto, ma questa volta nell'ambito dell'Unione europea, si pone il problema della garanzia dei diritti inviolabili già a partire del Trattato di Amsterdam del 1997 e, da ultimo, grazie all'inserimento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel recente Trattato di Lisbona³⁰.

Le sopra richiamate scelte della nostra Costituzione hanno profondamente inciso sul regime delle nostre fonti di produzione del diritto; e ciò in quanto hanno reso possibile recepire, grazie anche alla sensibilità degli interpreti, la trasformazione che il diritto internazionale ha subito quando si è ammessa la possibilità che norme di quella natura possano riguardare anche gli individui direttamente, in conseguenza degli obblighi che essi comportano per le organizzazioni internazionali.

Questa profonda trasformazione ha dato luogo all'istituzione di Corti sovranazionali o internazionali, che possono essere adite direttamente dai singoli per conseguire forme di tutela dei loro diritti fondamentali o inviolabili. Ciò ha reso ancora più evidente un fenomeno di carattere generale che trascende le diverse aree geografiche, poiché si traduce in un progressivo indebolimento della sovranità degli Stati, che ha caratterizzato nell'età moderna i rapporti tra Stati³¹.

5. La rilevata sovrapposizione, di ordinamenti diversi ai singoli ordinamenti nazionali viene gestita e governata dalle Corti, attraverso un dialogo che coinvolge l'intera comunità dei giudici³². Questo dialogo giudiziale si realizza su piani diversi, poiché riguarda, da un lato, la determinazione delle regole e dei criteri, destinati a governare le relazioni tra ordinamenti giuridici diversi, la cui integrazione risulta necessaria per l'operatività dei singoli ordinamenti nazionali, e, dall'altro, i rapporti tra ordinamenti nazionali.

Le due funzioni svolte dalle Corti sono diverse. Infatti, nella prima ipotesi si tratta di disciplinare rapporti tra ordinamenti diversi in assenza di un'autorità supe-

²⁹ La Convenzione, con annessi i Protocolli addizionali, è stata sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 ed è stata ratificata dall'Italia con legge 848/1955. Sul punto la letteratura e la giurisprudenza sono vastissime, specie negli ultimi anni in seguito alle due sentenze della Corte costituzionale del 2007 di cui si dirà in seguito al par. 12.V. comunque sin d'ora Bifulco, Cartabia, Celotto, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001.

³⁰ A riguardo v. Gambino, *I diritti fondamentali tra Trattati e Costituzioni*, in *federalismi*, it n.3/2009.

³¹ Per l'espressione usata nel testo v. Pizzorusso, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, cit., 220.

³² In questo senso v. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, cit., 4 ss.; Id., *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 609 ss.

riore; nella seconda, invece, si tratta del dialogo in senso proprio tra la comunità globale dei Giudici, che – praticando un vero e proprio cosmopolitismo giudiziario – utilizzano soluzioni adottate ed esperienze fatte da altri Giudici operando all'interno dei singoli ordinamenti nazionali³³.

Per limitarsi al nostro specifico ordinamento interno, con riferimento particolare al diritto privato, in questa sede si considerano, innanzitutto, i rapporti tra ordinamenti giuridici in senso verticale, rispettivamente, tra ordinamento del Consiglio d'Europa e ordinamenti nazionali e tra ordinamento comunitario e ordinamenti degli Stati membri.

Con riferimento ai rapporti verticali tra ordinamento sopranazionale del Consiglio d'Europa e ordinamento interno, l'art. 10 della Convenzione, in particolar modo nel secondo comma, riporta le condizioni per ammettere deroghe alla libertà di espressione attraverso il bilanciamento di tali principi con altri di pari grado, come la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione e dei diritti altrui o per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario³⁴.

L'interpretazione che la Corte di Strasburgo dà dell'obbligo che le limitazioni siano previste da una legge è elastica. "Legge" è ogni atto del singolo ordinamento interno, che, pur non essendo tale in senso formale, sia accessibile agli interessati e sufficientemente dettagliato da consentire loro un grado di ragionevole prevedibilità circa le conseguenze cui incorreranno coloro che tengono certi comportamenti.³⁵

In definitiva, secondo la Corte, ciascun Giudice, legislatore o Autorità amministrativa nazionale, gode di un certo margine di apprezzamento nel valutare la necessità di limiti alla libertà di espressione (ma questi limiti non possono non essere proporzionati) e la stessa Corte è legittimata a controllare tale proporzionalità, naturalmente in via sussidiaria.

L'art. 10 della Convenzione ha trovato una rilevante applicazione in un caso che ha visto la condanna dell'Italia a tutela della libertà di espressione del docente universitario all'interno di un'Università di "tendenza". In tale decisione, richiamandosi alla norma sopra menzionata, la Corte ha precisato che l'interesse di tale Università ad eliminare un insegnamento, in contrasto con la dottrina che l'ispira, non può incidere sulle garanzie poste a tutela della libertà di espressione³⁶

³³ V. Slauter, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, 190 ss., nonché, con particolare riferimento alla "giustizia costituzionale cosmopolitica", Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 322.

³⁴ V. Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Handyside v. the United Kingdom*, 7 dicembre 1976.

³⁵ Per tali precisazioni v. Caretti, *Art. 10 Libertà di espressione*, in Bartole, Conforti, Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 342.

³⁶ V. Caso *Lombardi Vallauri c. Italia*, 20 ottobre 2009, in *Riv. it. dir. cost.*, 1, 2010, 142 ss.

6. I rapporti tra ordinamenti giuridici in senso verticale, ancora una volta tra ordinamento del Consiglio d'Europa e ordinamenti nazionali, sono presi in considerazione dal recentissimo caso *Lautsi c. Italia*³⁷.

Tale decisione dimostra che, in tema di libertà religiosa e, come vedremo, non solo in tale materia, il dialogo tra le Corti, in particolare tra Corte di Strasburgo e Giudici italiani interni, nella specie Giudici amministrativi, risulta non solo difficile, ma addirittura un 'dialogo tra sordi'³⁸.

Di fronte al rifiuto della direzione di una scuola pubblica di procedere alla rimozione del crocifisso da un'aula scolastica, chiesta dalla madre di due alunni, quest'ultima ricorre al competente Tribunale amministrativo regionale, il quale, allegando la presumibile violazione del principio di laicità, quale risulta dagli art. 3 e 19 della nostra Costituzione, oltre che dall'art. 9 della Convenzione di Strasburgo e dall'art.2 del Protocollo n. 1 della stessa, valuta come non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale e rinvia gli atti alla Corte costituzionale³⁹.

Quest'ultima, con un'ordinanza del 2004, si ritiene incompetente, in quanto le disposizioni normative oggetto della contesa non hanno natura di legge, ma di regolamenti, che non hanno assolutamente natura legislativa⁴⁰.

Riassunto il giudizio, sia il TAR sia il Consiglio di Stato rigettano il ricorso, ritenendo che il crocifisso, al di là del suo significato religioso, oltre a rappresentare l'identità italiana, è diventato ormai il simbolo dei principi di eguaglianza, di libertà oltre che di tolleranza e di laicità, dello Stato italiano⁴¹.

³⁷ V. *Affaire Lautsi c. Italie*, 3 novembre 2009, in *Nuova Giur. Civ.*, 2009, 12, 1, 1246 con note di Busnelli e Carlassare. V. altresì Conte, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche*, in *Corr. Giur.*, 2010, 2, 263.

³⁸ Per tali espressioni v. Kermiche, *L'interdiction de crucifix dans les écoles publiques; une décision contraire au principe de laïcité italien?*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano comunitario e comparato*, 11 novembre 2009.

³⁹ L'art. 9 della Convenzione così recita: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo e la libertà di manifestare la propria religione o credo individualmente o collettivamente, sia in pubblico che in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere oggetto di quelle sole restrizioni che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie in una società democratica, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui". L'art. 2 del Protocollo n. 1 della Convenzione così recita: "Nessuno può vedersi rifiutato il diritto all'istruzione. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assumerà nell'ambito dell'istruzione e dell'insegnamento, rispetterà il diritto dei genitori a vedere impartita questa educazione e questo insegnamento in maniera conforme alle loro convinzioni religiose e filosofiche".

⁴⁰ V. Corte cost., ord. 15 dicembre 2004, n. 389, in *Corr. Giur.*, 2005, 8, 1072 con nota di Botta.

⁴¹ V. TAR Veneto, 17 marzo 2005, n. 1110 in *Foro it.*, 2005, III, 329 ss e Cons. Stato, 13 febbraio 2006, n. 556 in *Corr. Giur.*, 2006, 6, 843, con nota critica di Botta, *Paradossi semiologici della "laicità" del crocifisso* e in *Giur. It.*, 2007, 836 con nota critica di Ratti, *Principio di laicità e valore storico-culturale del Crocifisso in un recente giudizio del Consiglio di Stato*.

La Corte di Strasburgo, nell'interpretare sistematicamente l'art. 2 del Protocollo n. 1 alla luce degli artt. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (Libertà di pensiero, di coscienza e di religione) e 10 (Libertà di espressione), ribadisce principi di grande utilità per evitare le pericolose esperienze degli scontri sulle identità religiose.

Secondo la Corte, infatti, la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche può essere interpretata dagli alunni di tutte le età come un simbolo religioso ed essi si sentiranno educati in un ambiente scolastico caratterizzato da una data religione. Ciò può turbare gli alunni di una religione diversa, particolarmente se appartenenti a minoranze, o di quelli non educati ad una religione alcuna.

A parere della Corte, lo Stato è tenuto alla neutralità confessionale nel quadro dell'educazione pubblica, in cui la presenza ai corsi è richiesta senza considerazione di una qualche religione e che, invece, deve cercare di inculcare agli alunni un pensiero critico.

La Corte, nel contrastare le argomentazioni dello Stato italiano, prende una posizione chiara sul fatto che il crocifisso sia un simbolo della religione cattolica. A suo parere, non si riesce a comprendere come l'esposizione, nelle classi di una scuola pubblica, di un simbolo religioso che è ragionevole associare al cattolicesimo (in Italia religione maggioritaria) potrebbe realizzare il pluralismo educativo essenziale a preservare una società democratica nei termini in cui la configura la Convenzione; pluralismo che è stato riconosciuto del resto anche dalla Corte costituzionale italiana nell'ambito del principio di laicità, così come è stato formulato dalla sua numerosa giurisprudenza.

Non è questa la sede per verificare la via di uscita di un contrasto tra Corti che si presenta come inconciliabile. Ma forse, al fine di impedire interessate posizioni manichee, che potrebbero incrementare ulteriormente le tendenze xenofobe e genericamente antieuropeistiche, si potrebbe tentare una soluzione simile a quella adottata dalla cattolicissima Baviera dopo un'analoga decisione del Giudice costituzionale tedesco, con la conseguente previsione legislativa di una sorta di mediazione tra Autorità scolastiche e genitori o studenti che rivendicano la violazione del principio di laicità per l'esposizione del simbolo religioso. Ciò consentirebbe di trovare forme di comparazione e di approfondimento delle rispettive esperienze religiose, dando luogo a quella dimensione articolata del principio di laicità che è comune sia alla nostra Costituzione sia alla Convenzione di Strasburgo.

7. Sempre i rapporti tra ordinamenti giuridici in senso verticale, ancora una volta tra ordinamento del Consiglio d'Europa e ordinamenti nazionali, sono presi in considerazione da due note sentenze della Corte costituzionale, la n. 348 e la n. 349

del 2007, con cui è stato affrontato il problema dei rapporti tra la Convenzione di Strasburgo e l'ordinamento dell'Italia, Stato aderente alla Convenzione, dal punto di vista del giudice nazionale⁴².

Con le due sentenze sopra citate, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità delle due norme legislative italiane, in quanto esse risultano in contrasto con l'art. 6 della Convenzione e con l'art. 1 del Protocollo addizionale della stessa⁴³.

Con tali due decisioni la nostra Corte costituzionale ha affermato che le posizioni giuridiche dei singoli non sono tutelabili immediatamente alla stregua delle disposizioni della Convenzione medesima, non trovando la medesima Convenzione il proprio fondamento nell'art. 11 Cost. Di conseguenza, non è consentito al Giudice comune, contrariamente a ciò che aveva ritenuto sino ad allora la nostra Corte di cassazione, disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con la norma della Convenzione europea.

Secondo la Consulta, il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., non consente di attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale.⁴⁴

Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma⁴⁵.

⁴² Sulle due sentenze, di recente, v. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, cit., 63 ss., ma esse, come si vedrà, sono state oggetto di numerosissimi commenti. Per altra decisione della Corte costituzionale sui rapporti tra ordinamento della Convenzione e ordinamento nazionale v. Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, in *Giur. It.*, 1993, I,1, 1144 con nota di Uccella, dove le norme della Convenzione sono definite come fonti atipiche. Con la sentenza n. 348, la Corte si è pronunciata sulla costituzionalità dei commi 1° e 2° dell'art. 5-bis del decreto legge 333/1992, in tema di disciplina dei criteri di calcolo dell'indennità di espropriazione, mentre, nella sentenza n. 349, si è pronunciata sulla costituzionalità del comma 7-bis dello stesso testo normativo, che disciplina il risarcimento del danno in caso di occupazione illegittima.

⁴³ Sul punto v. Caruso, *Diritto comunitario, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) e rispetto della proprietà privata in Italia, in Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo. Dall'accessione invertita alla "confisca urbanistica"*, Bari, 2009, 31 ss.

⁴⁴ V. Petri, *Il valore e la posizione delle norme Cedu nell'ordinamento interno*, in *Cass. pen.*, 2008, 2297 ss.

⁴⁵ V. ancora Id., cit., in part. 2304 ss.

Pertanto, l'applicazione e l'interpretazione delle norme CEDU è attribuita, in prima battuta, ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione⁴⁶. La definitiva uniformità di applicazione è, invece, garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima a tale riguardo⁴⁷.

Alla Corte costituzionale, qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto 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.

Una sentenza della Corte costituzionale dei primissimi giorni del 2009 legittima un vero e proprio bilanciamento tra tutela convenzionale e tutela costituzionale al fine di individuare e scegliere la disciplina più favorevole alla tutela dei diritti del singolo⁴⁸.

In definitiva, pertanto, secondo i principi che regolano il dialogo tra le due Corti, il Giudice interno è tenuto a dare un'interpretazione delle proprie norme interne conforme a ciò che prescrive la Corte di Strasburgo e, ove ciò non sia possibile, a sollevare eccezione di incostituzionalità rispetto al parametro stabilito dall'art. 117, comma 1°, Cost. In tal caso la Corte costituzionale è legittimata ad effettuare un doppio controllo, dovendo verificare congiuntamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla norma interposta⁴⁹.

Le due sentenze, se appaiono omogenee nell'impostazione generale, presentano alcune diversità di atteggiamento.

Nella sentenza n. 349 il contrasto sembra identificarsi unicamente nell'ipotesi in cui la tutela della Convenzione appare più forte per il privato e non nell'ipotesi con-

⁴⁶ Sul punto v. R. Conti, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: Prima fermata verso Strasburgo*, cit., 207, nonché Id., *La Corte dei diritti dell'uomo e la Convenzione europea prevalgono sul giudicato e – sul diritto – nazionale*, in *Corr. giur.*, 2007, 689 ss.

⁴⁷ V. Starace, *Competenza della Corte*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 537 ss., nonché Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, Relazione all'incontro di studio su *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 28 febbraio – 2 marzo 2007, www.forumcostituzionale.it.

⁴⁸ Si tratta di Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317 in *Dir. Pen. e Processo*, 2010, 1, 22 e in *Foro it.*, 2010, I, 359, con nota di Armone. Riferimenti alla stessa anche in Scoditti, *Il giudice comune e la tutela dei diritti fondamentali di fonte sovranazionale*, ivi, V, 42 ss.

⁴⁹ V. ancora Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, cit., 68.

traria, che, francamente, sembra più improbabile; nel primo caso il Giudice che ha il compito di interpretare il diritto nazionale in modo da renderlo compatibile con la normativa della Convenzione, salva rimessione alla Corte costituzionale, sembrerebbe essere il Giudice interno e non, come a volte sembra, quello della Convenzione⁵⁰.

8. Un ulteriore caso di rapporti tra ordinamento della Convenzione di Strasburgo e Giudice interno si è prospettato con un'altra sentenza in materia di confisca urbanistica, la sentenza *Sud Fondi*⁵¹.

Secondo tale sentenza, la confisca di suoli abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, ordinata dal giudice penale con la sentenza che accerti l'oggettiva sussistenza del reato di lottizzazione abusiva, ma contestualmente proscioglie gli imputati dai medesimi addebiti per errore inevitabile e scusabile nell'interpretazione delle norme violate, ha natura di sanzione penale ai fini dell'applicazione del principio *nulla poena sine lege*, sancito dall'art. 7 CEDU, e si pone altresì in contrasto con il diritto al rispetto dei beni, sancito dall'art. 1 Primo Protocollo addizionale della Convenzione medesima.

Il caso ha riguardato una lottizzazione "abusiva", di cui tuttavia i proprietari dei suoli e delle costruzioni non erano stati penalmente ritenuti responsabili⁵².

Ciononostante, la stessa Corte di legittimità ha disposto la confisca di tutti i beni, precisando che l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dei terreni "abusivamente" lottizzati scaturiva *obbligatoriamente* dall'accertamento dell'*obiettiva sussistenza* di un reato di lottizzazione abusiva, *indipendentemente* da una pronuncia di condanna penale⁵³.

La Corte di Strasburgo, applicando l'art. 7 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo (i.e., *nulla poena sine lege*), ha quindi ritenuto che difettesse il requisito

⁵⁰ V. Caruso, *Diritto comunitario, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) e rispetto della proprietà privata in Italia*, in *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo. Dall'accessione invertita alla "confisca urbanistica"*, cit. 33, che critica anche la ripetitività con cui la giurisprudenza costituzionale ha escluso ogni rilievo dell'art. 10, comma 1°, Cost. per l'adattamento del nostro diritto interno al diritto internazionale pattizio; e ciò a non considerare l'ormai avvenuta "comunitarizzazione" della Convenzione di Strasburgo.

⁵¹ V. CEDU, 20 gennaio 2009, n. 75909, *Sud Fondi s.r.l. et al. C. Italia*, in *Giur. it.*, 2009, 11, 2398 nota di Robles, *La nuova proprietà: ovvero il "governo dei diritti" nel "dialogo" tra le Corti*. La sentenza è stata pubblicata in traduzione italiana in *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo. Dall'accessione invertita alla "confisca urbanistica"*, cit., 101 ss.

⁵² Cass. pen., 29 gennaio 2001, n. 11716, in *Giur. it.*, 2001, 1919, con nota di Barbiera.

⁵³ In motivazione, § 11, in diritto. In termini, cfr. già Cass. pen., 13 luglio 1995, n. 10061, in *Riv. giur. edil.* 1996, I, 1114; Id., 20 dicembre 1995, n. 12471, ric. P.G. in proc. Besana et al., ined.; Id., 15 ottobre 1997, n. 11436, in *Urb. app.*, 1998, 202, con nota di Ferraro; Id., 23 dicembre 1997, n. 3900, in *Urb. app.*, 1998, 917, con nota di Casadonte; Id., 11 gennaio 1999, n. 216, Iorio Gnisci Ascoltato, ined.

della prevedibilità in riferimento non soltanto al carattere abusivo della lottizzazione in questione, ma anche alla prevedibilità della confisca. Sicché, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che l'*ingerenza nella sfera proprietaria* delle società ricorrenti fosse arbitraria e che, pertanto, fosse configurabile, sotto vari profili, anche la violazione dell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale (i.e., "rispetto dei beni").

Questo in esame è uno dei primissimi casi in cui, in mancanza di bonario compimento, si darà applicazione all'art. 1, commi 1217-1222, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), che prevede il *diritto di rivalsa* dello Stato italiano nei confronti di tutti i soggetti (enti pubblici inclusi) che si siano resi responsabili di violazioni delle disposizioni della Convenzione, poi sanzionate dalla Corte europea⁵⁴.

La vicenda qui richiamata si presta, peraltro, a qualche ulteriore considerazione circa le tecniche di tutela dei diritti nell'attuale situazione dei rapporti tra ordinamento della Convenzione e diritto interno, una volta che la Corte di Strasburgo abbia accertato che l'atto sottoposto al suo giudizio viola specifici principi della Convenzione⁵⁵.

Infatti, dopo la pubblicazione della sentenza della Corte di Strasburgo, la giurisprudenza della Corte di cassazione solo in parte si è adeguata ai principi sanciti dalla prima⁵⁶.

Inoltre, la dedotta eccezione di incostituzionalità è stata dichiarata inammissibile con un provvedimento che deve essere considerato ai fini del rapporto tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo, soprattutto perché la Corte costituzionale pone come presupposto dell'ammissibilità del ricorso la sperimentazione, del parte del Giudice rimettente, della possibile interpretazione della norma interna, così come configurata dalla Corte di Strasburgo, in termini conformi alla nostra Costituzione⁵⁷.

Infine, con un successivo provvedimento, il Giudice dell'esecuzione ha rigettato la richiesta di revoca della confisca chiesta sulla base di una strampalata legge approvata in pieno agosto 2009, motivando tale decisione con il richiamo al giudicato; con ciò ponendo delicati problemi circa l'esecuzione delle sentenze della Corte dei diritti dell'uomo, alla quale si fa ricorso solo dopo che la sentenza del Giudice interno è passata in giudicato.⁵⁸

⁵⁴ In questo senso v. ancora Robles, *La nuova proprietà: ovvero il "governo dei diritti" nel "dialogo" tra le Corti*, cit., 2398.

⁵⁵ Cfr. *amplius* Sorrentino, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 79 ss.

⁵⁶ Per l'orientamento della Corte di cassazione successivo alla pronuncia della Corte di Strasburgo, v. Tucci, *Confisca "urbanistica" e circolazione dei beni dopo la sentenza Sud Fondi della Corte dei diritti dell'uomo*, in questa *Rivista*, 1, 2009, 15 ss.

⁵⁷ V. Corte cost., ord., 24 luglio 2009, n. 239 in Sito ufficiale 2009.

⁵⁸ A riguardo v. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, Relazione tenuta al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile, "Corti europee e giudici nazionali", Verona 25-26 settembre 2009.

9. I rapporti tra ordinamenti giuridici in senso verticale, questa volta tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali, sono presi in considerazione da diverse pronunce, che vanno dal celebre caso *Simmenthal* ad alcune recenti decisioni sia della nostra Corte costituzionale sia di altre Corti europee⁵⁹.

Come è noto, sin dal caso *Simmenthal*, la Corte di Giustizia europea ha sancito il principio generale della superiorità del diritto comunitario rispetto a quello interno, con la conseguenza che, applicando il primo, gli atti normativi nazionali contrastanti con la normativa europea non vengono dichiarati invalidi, ma semplicemente non vengono applicati⁶⁰.

Del resto, la stessa disciplina del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea, a norma dell'artt. 234 (ora 267) del Trattato, affinché verifichi la conformità della norma nazionale, implica il riconoscimento della superiorità del diritto europeo.

La Corte costituzionale italiana ha posto dei limiti a tale prevalenza del diritto comunitario rispetto a quello interno.

In una pronuncia del 1989, che segue e precisa ulteriormente il contenuto di un'altra decisione del 1973, la Corte specifica che la preminenza del diritto comunitario non significa che venga meno la sua competenza a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una norma del Trattato, così come essa viene interpretata in sede comunitaria, non risulti in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento interno costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona⁶¹.

Infine, con un'ordinanza del 2006, sempre la Corte costituzionale precisa che il Giudice nazionale deve dare piena ed immediata attuazione alle norme comunitarie provviste di efficacia diretta e non applicare in tutto o anche soltanto in parte le norme interne con esse ritenute inconciliabili, ove occorra previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 234 (ora 267) del Trattato⁶².

In definitiva, quindi, prevale il diritto comunitario, quando non sono violati i principi fondamentali, mentre prevale il diritto costituzionale nazionale, quando non viene rispettata tale soglia minima. Si stabilisce in tal modo un insieme di criteri, che, in assenza di una disciplina calata dall'alto, consenta una coesistenza di rapporti tra i due ordinamenti.

⁵⁹ Per tali riferimenti v. ancora Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, cit., 45.

⁶⁰ V. Corte giust. CE, 28 giugno 1978, C-106/77, *Simmenthal* in *Racc.*, 629, p. 16, commentata in *Giur.It.*, 1978, I, 1153; si vedano altresì le acute riflessioni di Barile, *Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, I, 1978, 641 ss.

⁶¹ V. Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232, in *Cons. Stato*, 1989, II, 557 ed in *Riv. Dir. Internaz.*, 1989, 103; in *Riv. Amm. della Repubblica Italiana*, 1989, 950; in *Impresa*, 1989, 1402; e, in precedenza, Corte cost., 27 dicembre 1973, n. 183, in CED Cassazione, 1973.

⁶² V. Corte cost., ord., 28 dicembre 2006, n. 453, in Sito uff. Corte cost., 2007.

10. Per ciò che riguarda il ruolo che la nostra Corte di cassazione ha assunto nel rivisitare il nostro sistema delle fonti di produzione del diritto, occorre precisare, innanzi tutto, che il suo intervento avviene, in termini ancora più diretti rispetto a ciò che si è rilevato per la Corte costituzionale, sia a livello di modalità con le quali i Giudici stabiliscono raccordi tra ordinamenti sia a livello di dialogo tra Corti in senso proprio nell'interpretare il nostro diritto interno.

Per quanto riguarda il primo ordine di problemi, è noto che la nostra Corte di cassazione ha affermato, in un primo tempo, la diretta applicabilità delle norme CEDU con diverse sue pronunce⁶³.

Come si è già visto, la più recente giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, non ha condiviso tale orientamento della nostra Corte di legittimità⁶⁴.

Successivamente all'affermarsi di tale orientamento del nostro Giudice delle leggi, la nostra Corte di cassazione ha cambiato orientamento, adeguandosi al primo⁶⁵.

In definitiva, tra i due "Tribunali Supremi", è ormai in corso una forse benefica, ma – si spera – evitabile, competizione per l'egemonia sull'apertura del nostro diritto al diritto sovranazionale⁶⁶.

⁶³ V. Cass. civ., 8 luglio 1998, n. 6672, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 1380 con nota di Marzanati, in *Giust. civ.* 1999, I, 498, e, da ultimo, Cass. civ. 23 dicembre 2005 n. 28507, in *Giur. it.* 2007, 3, 617 con nota di Palazzetti. In dottrina v. Mastroianni, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e Costituzioni nazionali*, Convegno Corte di Cassazione "La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale, Corti europee e giudice nazionale" – Roma 21 gennaio 2009.

⁶⁴ È la nota posizione già esaminata con riferimento alle due sentenze 348/2007 e 349/2007, secondo cui il parametro costituzionale viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione sarebbe quella di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato. A riguardo v. ancora Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, Relazione all'incontro di studio su *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.; Id., *Riconoscimento e tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, attraverso le esperienze di formazione e dal punto di vista della teoria della Costituzione*, Relazione al Convegno su *Ordinamenti compositi e tutela dei diritti fondamentali*, Udine 11 maggio 2007. Per una critica di tale posizione della nostra Corte costituzionale v. Caruso, *Diritto comunitario, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) e rispetto della proprietà privata in Italia*, cit., 32.

⁶⁵ A riguardo v. Cass., 3 gennaio 2008, n. 14, in *Foro it.*, 2008, I, 1469, e successivamente Cass., 11 marzo 2009, n. 5894, in *Mass. Giur. It.*, 2009.

⁶⁶ Lo studioso di diritto comparato al quale si fa riferimento nel testo è Gorla, *L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi*, ora in Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, 511 ss.; nonché Id., *I tribunali supremi degli Stati italiani, fra i sec. XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati (Disegno storico-comparativo)*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa, Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Firenze, 1977, I, 447 ss., nonché in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., 543 ss. Per i possibili rapporti, anche competitivi, tra le Corti v. Pinelli, *I diritti fondamentali in Europa tra politica e giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 2008, 45ss.; e, per i recenti contributi della nostra dottrina internazionalistica v. Caruso, *Diritto comunitario, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) e rispetto della proprietà privata in Italia*, cit., 21 ss. dove la problematica generale è svolta con riferimento specifico alla vicenda della confisca "urbanistica".

Con riferimento, invece, al dialogo tra Corti in senso proprio nell'interpretare i singoli diritti interni, la nostra Corte di legittimità ha più volte avuto occasione di rilevare che i diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e inquadrati nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri, già con il Trattato di Amsterdam del 1997 hanno conosciuto un ulteriore rafforzamento della loro funzione, poiché, da vincolo di rispetto, sono diventati principi fondativi dell'Unione europea⁶⁷.

Ulteriore evoluzione del processo sopra descritto si è avuta con la prima approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la c.d. Carta di Nizza, poiché alle norme sancite in tale documento sono già stati attribuiti, nel corso del tempo, rilevanti effetti giuridici proprio attraverso l'opera della giurisprudenza, pur non essendo stato all'inizio riconosciuto, sul piano strettamente formale, valore vincolante alle sue disposizioni⁶⁸.

Con un'ordinanza che, nell'affrontare in termini specifici il problema del cognome familiare, motiva la sua adesione ad una profonda rivoluzione del nostro sistema delle fonti di produzione del diritto, la nostra Corte di cassazione si richiama alla sottoscrizione, da parte dell'Italia, del Trattato di Lisbona, alla conseguente ratifica ed alla sua recente entrata in vigore⁶⁹.

Oltre a modifiche formali ai testi dei trattati indicati, giustamente la nostra Corte di legittimità rileva che l'art. 6 del nuovo Trattato riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e prevede l'adesione

⁶⁷ La letteratura e la giurisprudenza a riguardo è vastissima. Accanto ai già citati Costa, voce *Diritti fondamentali (storia)*, cit., spec. 406 e Rossi, *Principi fondamentali*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, cit., spec. 60, v. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, 25 ss., nonché Cartabia, Weiler, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 215 ss. Si può del resto ritenere principio giurisprudenziale consolidato nella giurisprudenza della Corte di giustizia quello secondo cui i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto di cui la Corte di giustizia garantisce, conformemente alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nonché agli atti internazionali cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. In questo senso v. Corte giust., 17 ottobre 1998/87, *Dow Chemical Ibérica SA e altri*, C. giust.CE, 17 ottobre 1989, C-97 e 99/87, in *Racc.I-1989*, 3165. Grazie allo strumento del ricorso pregiudiziale ed alla conseguente stretta collaborazione tra Corte di giustizia e Giudici nazionali sia per i profili di legittimità degli atti normativi comunitari sia per l'interpretazione dei Trattati e del diritto che ne deriva, il Giudice comunitario ha ampliato a sua volta il catalogo dei diritti fondamentali, riconoscendo tale qualifica a svariate situazioni giuridiche soggettive. Per un elenco di tale ampliamento v. Bartole, Bin, a cura di, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 12 ss.

⁶⁸ Sul punto v. Bassanini, Tiberi, (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008; Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007; Mancini, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004, 50-52, 63; Rossi (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, 249 ss.

⁶⁹ Per ciò che riguarda l'ordinanza della Corte di cassazione, si fa riferimento a Cass., ord., 22 settembre 2008, n. 23934, su www.cortedicassazione.it, e in www.personaedanno.it, con commento di Mottola, *Il diritto al nome*.

alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, "... stabilendo, comunque, che i diritti fondamentali garantiti da detta convenzione e risultante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri costituiscono principi generali del diritto dell'Unione"⁷⁰.

Con la ratifica del Trattato di Lisbona e con la sua conseguente entrata in vigore, si apre la strada, come ancora precisa giustamente la nostra Corte di legittimità, all'applicazione diretta delle norme del Trattato stesso e, comunque, al controllo di costituzionalità nei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, che, in alcune ipotesi specifiche non può essere escluso⁷¹.

La portata innovativa di tali eventi si può riscontrare con riferimento ad orientamenti più volte ribaditi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, già nel caso *Mangold*, ha affermato che il principio di non discriminazione, in quanto di portata generale nell'ordinamento comunitario, deve essere rispettato indipendentemente dalla scadenza del termine concesso per il recepimento della direttiva comunitaria, con conseguente disapplicazione della norma interna⁷².

Si crea in tal modo, nell'ambito europeo, una sorta di sovraffollamento dei diritti inviolabili, che rappresenta il punto di arrivo attuale della lunga marcia della tutela dei diritti in Italia e in Europa; e ciò partendo dal periodo in cui l' "asservimento del cittadino", realizzato dal fascismo, rendeva possibile soltanto un inutile appello allo Statuto albertino, come fece, nel 1928, innanzi al Tribunale Speciale – nella famigerata Aula IV, sita al secondo piano del Palazzo di Piazza Cavour – uno degli imputati, destinato a diventare Presidente della nostra Assemblea costituente⁷³.

Anche con riferimento a tale specifica vicenda, il cambiamento della forma politica dello Stato appare decisivo⁷⁴.

11. Secondo l'ordinanza del luglio del 2009 della nostra Corte costituzionale, il Giudice interno, che rimette gli atti alla Corte costituzionale, quando accerta che

⁷⁰ V. ancora Cass., ord., 22 settembre 2008, n. 23934, cit., 14.

⁷¹ Con la già citata Cass., ord., 22 settembre 2008, n. 23934, 15 ss., 19, si è infatti ritenuto opportuno trasmettere gli atti al Primo Presidente ai fini dell'eventuale rimessione alle Sezioni Unite proprio per valutare, naturalmente con riferimento alla specifica controversia, se possa essere adottata un'interpretazione della norma di sistema costituzionalmente orientata ovvero se tale soluzione sia ritenuta esorbitante dai limiti dell'attività interpretativa e debba essere rimessa nuovamente la questione alla Corte costituzionale.

⁷² V. Corte giust., 22 novembre 2005, in *Foro it.*, 2006, IV, 133 ss.

⁷³ L'espressione è usata da Rodotà, *Libertà e diritti in Italia. Dall'unità ai giorni nostri*, cit., 72, richiamando uno scritto di Silvio Trentin, successivamente ripubblicato in Trentin, *Diritto e democrazia. Scritti sul fascismo 1928-1937*, a cura di Paladini, Padova, 1988, 85 ss. L'episodio richiamato nel testo è ricostruito in Giannotti, *Umberto Terracini. La passione politica di un padre della repubblica*, Roma 2005, 2° ed., Roma 2008, 116.

⁷⁴ In tal senso v. ancora Fioravanti, *Fine o metamorfosi?*, in *Fine del diritto?*, a cura di Rossi, cit., 59.

l'interpretazione della norma censurata debba mutare a seguito della sopravvenuta giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, non può omettere di sperimentare la possibilità di un'interpretazione conforme alla Convenzione, quale interpretata dalla Corte. Se incorre in tale omissione, la Corte costituzionale dichiara inammissibile la dedotta questione di incostituzionalità⁷⁵.

Attraverso l'interpretazione conforme, quando si tratta di ordinamento diverso dal diritto del singolo Stato nazionale, ma sovraordinato ad esso, come il diritto della Convenzione di Strasburgo o il diritto comunitario, il Giudice interno ricostruisce il diritto interno, richiamandosi ad una fonte estranea al proprio ordinamento in senso stretto.

Sempre nella ricostruzione del diritto interno, il Giudice nazionale, sia esso Giudice costituzionale, di legittimità o di merito può ricorrere alla giurisprudenza straniera e, in genere, all'esperienza giuridica di altro paese. In tal caso, però, non si tratta di interpretazione conforme, poiché non riconosce alcun preponderante diritto sovranazionale, ma solo di corretta ed avveduta interpretazione del proprio diritto interno.

Nelle ipotesi sopra indicate la circolazione delle decisioni giurisprudenziali non compromette la funzione delle singole Corti nazionali, poiché essa presuppone sempre giudizi di omogeneità e di congruità, oltre che di coerenza, con i singoli diritti nazionali; infatti, il giudizio rimane sempre delle Corti nazionali, verificandosi una vicenda analoga a quella del diritto comune prima delle codificazioni nazionali, come è stata ricostruita da un nostro grande comparatista⁷⁶.

L'uso di materiali normativi e giurisprudenziali stranieri da parte delle singole Corti nazionali ha provocato e continua a provocare polemiche, poiché ad esso ci si oppone in nome della difesa dei caratteri originari della propria esperienza giuridica e contro una sorta di universalismo giuridico senza confini e senza caratteri.

Tale polemica sorge particolarmente sul terreno del diritto costituzionale, ma si è verificata anche in occasione di una molto importante sentenza della nostra Corte di legittimità, il famoso caso Englaro, che ha affrontato e risolto il problema del disabile incapace di autodeterminazione al momento della scelta terapeutica, richiamandosi alla giurisprudenza e ad istituti stranieri⁷⁷.

⁷⁵ In tal senso v. la già citata Corte cost., ord., 24 luglio 2009.

⁷⁶ A riguardo v. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, cit., 323, nonché Gorla, *I tribunali supremi degli Stati italiani, fra i secc. XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati* (Disegno storico-comparativo), cit., 545.

⁷⁷ V. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, cit., 324, nonché Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1103, con nota di Gennari e in *Dir. famiglia*, con nota critica di Gazzoni.

12. Uno dei più autorevoli studiosi dei problemi qui esaminati ha rilevato che l'uso transnazionale delle giurisprudenze elaborate nei diversi paesi sta avviando l'umanità verso un ritorno all'unità del diritto⁷⁸.

Il rilievo, enunciato per le Corti costituzionali, riguarda tutte le Corti, quando esse si richiamano ad un ordinamento estraneo a quello interno del singolo Stato solo che il dialogo tra le Corti non ha di mira la creazione di un ordinamento sovrano attraverso una sorta di libera creazione del diritto. Al contrario, i Giudici si muovono sempre all'interno di specifici testi normativi, la cui interpretazione rimane sempre l'oggetto della loro attività, poiché essi non creano un ordine giuridico generale ed unitario, ma gestiscono un insieme di ordinamenti giuridici tra loro concorrenti. Solo che il Giudice è ormai chiamato ad interpretare un diritto, che non è più soltanto quello di matrice statuale nazionale; è invece un diritto diverso, che richiede, come si è pure osservato, un profondo ripensamento della disciplina delle fonti e quindi una logica interpretativa diversa con *standars* valutativi completamente nuovi⁷⁹.

Di fronte a tali profonde metamorfosi del diritto, il giurista che è chiamato ad applicare il diritto interno dello Stato italiano, dopo avere preso atto che esso è profondamente cambiato nella sua forma politica, non può non elaborare i principi generali di cui parla l'art. 12 delle Disposizioni preliminari secondo logiche del tutto nuove. Tali logiche, particolarmente nell'esperienza europea, si muovono all'interno delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, alle quali del resto si riferisce espressamente l'art. 6 dell'attuale Trattato sull'Unione europea. Ma esse, come dimostrano alcune recenti sentenze della nostra Corte di cassazione, vanno al di là dell'ambito strettamente europeo e preludono ad un'ulteriore "rilettura" del nostro diritto privato in chiave universalistica e non alla luce soltanto della Costituzione del proprio Stato.

⁷⁸ V. Pizzorusso, voce *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, Milano, 2008, 670 ss. A riguardo v. i rilievi di Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., 409.

⁷⁹ V. Rescigno, *Pluralità di ordinamenti ed espansione della giuridicità*, in *Fine del diritto?*, a cura di Rossi, cit., 87.

Il dialogo fra le corti e i diritti fondamentali di fonte sovranazionale: il punto di vista del giudice comune*

di Enrico Scoditti

SOMMARIO: 1. Uno scenario ipotetico. – 1.1. Ripristino della legalità comunitaria e diritto del singolo rimasto insoddisfatto. – 1.2. Prevenire le collisioni inter-ordinamentali. – 2. L'ordinamento integrato ed il giudice tessitore – 2.1. Che cos'è l'integrazione di ordinamenti? – 2.2. La norma come interfaccia fra disposizione comunitaria e disciplina interna. – 2.3. L'interpretazione adeguatrice come tessitura. – 2.4. Interpretazione adeguatrice e disposizione comunitaria priva di effetto diretto. – 3. L'integrazione attraverso il rinvio pregiudiziale – 3.1. Rinvio pregiudiziale e diritto nazionale. – 3.2. Ricevibilità della domanda pregiudiziale e condizioni per un dialogo efficace fra giudici. – 3.3. Obbligo e facoltà del rinvio. – 3.4. La valutazione di compatibilità comunitaria della norma nazionale. – 3.5. Il giudizio di compatibilità alla luce dei principi generali del diritto comunitario. – 4. Il giudice comune nazionale e la tutela dei diritti fondamentali derivanti da fonte sopranazionale. – 4.1. Corte di giustizia e diritti fondamentali. – 4.2. Per una revisione della teoria dei controlimiti nazionali. – 4.3. Il giudice comune e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. – 4.4. Giudice comune e diritti fondamentali di origine comunitaria.

1. Uno scenario ipotetico

1.1. Ripristino della legalità comunitaria e diritto del singolo rimasto insoddisfatto

Ipotizziamo il seguente scenario. Com'è noto, a partire dal caso *Franovich* del 1991¹, la giurisprudenza comunitaria è orientata nel senso della responsabilità dello Stato membro per le ipotesi di mancata, o non corretta, attuazione di direttiva (non incondizionata e sufficientemente precisa, oppure non invocabile nei rapporti orizzontali), ovvero di violazione del diritto comunitario da parte di decisione di organo giurisdizionale di ultimo grado (per il rifiuto, in particolare, di sollevare una questio-

* Relazione presentata all'incontro di studi organizzato dal Consiglio superiore della magistratura su "I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le corti nazionali e sovranazionali" (Roma 22-24 giugno 2009).

¹ Corte giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Foro it.* 1992, IV, 145, con note di Barone-Pardolesi, *Il fatto illecito del legislatore* e Ponzanelli, *L'Europa e la responsabilità civile*.

ne pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia). Sempre secondo il diritto vivente comunitario, in mancanza di una disciplina comunitaria spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascun Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali. Si può ipotizzare che sul piano della giurisprudenza nazionale si consolidi un orientamento nel senso della non configurabilità della fattispecie di responsabilità in discorso. Il caso è di scuola, ma neanche tanto per l'esperienza italiana. Secondo la sentenza n. 10617/1995 della Corte di Cassazione², nel caso di azione risarcitoria promossa proprio sulla base della sentenza *Francovich*, la legittimazione passiva spetta all'Inps, quale gestore del fondo di garanzia, e non allo Stato. A questa conclusione si giunge sottraendo il debito dall'area dell'illecito aquiliano, e configurandolo come indennizzo *ex lege*. Nella motivazione si legge, sia pure in sede di *obiter dictum*, che, posto che la funzione legislativa è espressione del potere politico, libero nei fini e perciò sottratto a qualsiasi sindacato giurisdizionale, non è configurabile un diritto soggettivo all'esercizio del potere legislativo, quale effetto della normativa comunitaria, e, conseguenzialmente, una qualificazione in termini di illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c., da imputare allo Stato-persona. Nel 2003 la Cassazione richiama il precedente sull'inconfigurabilità di un diritto soggettivo all'esercizio del potere legislativo quale effetto della normativa comunitaria, stavolta però non in sede di *obiter* ma di vera e propria *ratio decidendi*, ed esclude la risarcibilità del danno derivante dalla mancata attuazione nei termini della direttiva sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali³. Si tratta di pronuncia rimasta isolata, e pur tuttavia resta agli atti dei repertori della giurisprudenza.

Premessa l'ipotetica formazione di un siffatto diritto vivente, possiamo ulteriormente ipotizzare che venga sollevato un incidente di legittimità costituzionalità dell'art. 2043 c.c. nella parte in cui, secondo il diritto vivente, esclude la responsabilità dello Stato per inadempienza al diritto comunitario, per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. (potrebbero fungere da parametro interposto le sentenze della Corte di giustizia in argomento, quale fonte di diritto comunitario). Ipotizziamo ancora che il giudice delle leggi, facendo applicazione della dottrina dei c.d. controlimiti di tipo costituzionale ai precetti del diritto comunitario, reputi che una responsabilità dello Stato per mancata, o non corretta trasposizione, di direttiva sia in contrasto con il principio di sovranità del parlamento nell'esercizio della funzione legislativa, e respinga l'eccezione di illegittimità costituzionale⁴. Quali conseguenze da tutto

² Cass. 11 ottobre 1995 n. 10617, *id.*, 1996, I, 503, con nota di Scoditti, *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso "Francovich" in Cassazione*.

³ Cass. 1 aprile 2003 n. 4915, *Danno e responsabilità*, 2003, 718, con nota di Scoditti, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*.

⁴ Dobbiamo altresì ipotizzare che la Corte costituzionale non inviti il giudice remittente a considerare l'interpretazione, presente nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui lo schema di responsabilità da utilizzare non

ciò? Si può presumere che dalla Commissione venga attivata la procedura d'infrazione, la quale pervenga ad una sentenza di inadempimento ed all'irrogazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 228 del trattato Ce. Il ripristino della legalità comunitaria violata non comporta però la soddisfazione del diritto al risarcimento del danno allegato dai singoli. Sul piano dell'ordinamento comunitario il cerchio si chiude con il pagamento da parte dello Stato della somma forfetaria, quale conseguenza dell'inottemperanza agli obblighi derivanti dalla sentenza di accertamento dell'infrazione, ma sul piano dell'ordinamento nazionale, permanendo il diritto vivente di cui sopra, resta priva di tutela l'istanza risarcitoria.

1.2. *Prevenire le collisioni inter-ordinamentali*

Quello che abbiamo illustrato è uno scenario ipotetico (anche se non del tutto ipotetico, visto l'arresto della giurisprudenza di cui sopra), ma serve a rendere chiara quale sia la natura dell'ordinamento integrato comunitario – nazionale. Nell'ambito del tradizionale ordinamento giuridico, inteso in modo auto-referenziale, all'accertamento dell'illiceità della condotta consegue la riparazione del pregiudizio patrimoniale che ne è derivato, stante l'unicità del criterio di valutazione che presiede al carattere unitario dell'ordinamento. Nel caso dell'integrazione di ordinamenti, in cui ricorre una duplicità di criteri di valutazione, quello comunitario e quello nazionale, può accadere che il diritto valido dal punto di vista dell'ordinamento interno rappresenti un illecito dal punto di vista comunitario, perché in violazione dei suoi precetti, e tuttavia nell'ambito interno resti diritto valido ed efficace. In fondo la problematica della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario è tutta qui: intanto la manifestazione giuridica dello Stato membro, legge o giudicato, costituisce un illecito dal punto di vista comunitario, in quanto dal punto di vista dei criteri dell'ordinamento interno costituisce un diritto valido⁵. Se il diritto non fosse valido già dal punto di vista interno, non vi sarebbe materia del contende-

è quello extracontrattuale, ma quello dell'inadempimento ad una obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria per attività non anti-giuridica, posto che l'anti-giuridicità sarebbe di diritto comunitario e non di diritto interno (da ultimo, in tal senso, Cass. 17 aprile 2009, n. 9147 *Foro it.*, 2010, I, 168 con nota di Scoditti, *La violazione comunitaria dello Stato per responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, che assoggetta la pretesa risarcitoria alla prescrizione decennale e la riconduce all'ambito della responsabilità contrattuale).

⁵ È vero che grazie all'incorporazione nella norma costituzionale, mediante gli artt. 11 e 117 cost., il parametro comunitario diventa rilevante per la legittimità costituzionale, e dunque per la validità del diritto interno, ma, come nell'esempio che abbiamo fatto, si può in linea ipotetica immaginare che la "norma interposta" sia ritenuta, in sede di bilanciamento fra i vincoli di cui all'art. 117 ed i principi costituzionali contenuti in altri articoli, non compatibile con la costituzione, e che dunque il diritto interno, pur non conforme al parametro comunitario, sia diritto valido secondo l'ordinamento interno (in tal senso, in relazione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349 e 24 ottobre 2007, n. 348, *Foro it.*, 2008, I, 39 con osservazioni di Travi e Romboli, e note di Cappuccio, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, e Ghera, *Una*

re, e non verrebbe neanche in rilievo la valutazione dal punto di vista comunitario. E tuttavia l'illiceità comunitaria di un giudicato valido dal punto di vista nazionale è più grave della qualifica di invalidità, perché incide, per stare ad una categoria kelseniana, al livello dell'efficacia dell'ordinamento. Tocca il piano non del dover essere, ma dell'essere. Mina il principio di integrazione, e la tenuta stessa quindi del sistema al livello fattuale. Il venir meno dell'osservanza alle regole dell'ordinamento integrato non si traduce nella mera qualifica di invalidità, ma nel venir meno della stessa integrazione fra gli ordinamenti.

È stato detto che le collisioni ordinamentali sono immanenti al sistema giuridico comunitario, e che mancano criteri giuridici ultimi di risoluzione di tali conflitti. La risposta, è stato precisato, non può essere affidata *ex post* al diritto, ma *ex ante* alla politica, e segnatamente all'adozione di vere e proprie politiche giudiziarie, in funzione preventiva dei conflitti, tese a stabilire forme di dialogo fra le corti, nazionali e comunitarie, ed a valorizzarne il *self-restraint*⁶. La permanenza del sistema comunitario non dipende dal funzionamento dei meccanismi giuridici e dall'efficacia delle sanzioni, ma dall'assunzione di condotte coerenti all'imperativo dell'integrazione comunitaria da parte degli attori istituzionali, ed *in primis* i giudici. La vicenda comunitaria allude ad una nuova concezione del diritto, per la quale i vecchi strumenti del positivismo giuridico sono largamente inutilizzabili. L'integrazione comunitaria non è un dato di fatto da assumere come già confezionato, ma una costruzione complessa. L'ordinamento integrato non è un presupposto, ma il risultato delle prassi istituzionali.

2. L'ordinamento integrato ed il giudice tessitore

2.1. Che cos'è l'integrazione di ordinamenti?

Che cosa si intende per integrazione di ordinamenti? Secondo la teoria tradizionale dell'ordinamento la giuridicità risiede nell'assunzione della norma come unica ed esclusiva regolatrice dell'attività pratica⁷. L'esclusività del criterio di valutazione è il corollario dell'auto-referenzialità dell'ordinamento. Anche in relazione alla nozione tradizionale di ordinamento giuridico si è posta, com'è noto, la questione della pluralità degli ordinamenti. La compatibilità del principio di esclusività delle qualificazioni giuridiche con la pluralità degli ordinamenti si basa, secondo la dottrina tradizionale, sulla relatività della distinzione fra fatto e valore

svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio – ma non in quelli con il diritto comunitario –).

⁶ Maccormick, *La sovranità in discussione. Diritto, Stato e nazione nel "commonwealth" europeo*, Bologna, 2003, 195 ss.

⁷ Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963, 214.

giuridico. Nel momento in cui si assume una norma come unica regolatrice le norme dell'ordinamento concorrente, in un regime di pluralismo giuridico, vengono derubricate a fatto, e non più considerate come norma giuridica. In pratica la norma oscilla fra fatto e valore giuridico a seconda dell'ordinamento che si sceglie e si assume quale punto di riferimento nell'attività di regolazione. Si tratta della distinzione che Hart stabilisce fra punto di vista interno e punto di vista esterno. Secondo il filosofo inglese, mentre il punto di vista interno è quello di chi, assumendo la validità della norma, la intende come regola del proprio comportamento, il punto di vista esterno è quello di chi dall'esterno osserva determinate regolarità di comportamento⁸. L'atteggiamento interno è quello di chi assume un determinato ordinamento quale valore giuridico, l'atteggiamento esterno è quello di chi lo osserva come dato di fatto.

Nel caso dell'integrazione di ordinamenti non è possibile distinguere fra punto di vista interno e punto di vista esterno in quanto ciascun ordinamento assume il punto di vista interno dell'altro e ne condivide la precettività. Pur restando distinto, e dunque autonomo, l'ordinamento è privo dello statuto dell'esclusività in quanto considera valore giuridico, e non fatto, la disciplina che proviene da un altro ordinamento. Ciò che si supera sono le nozioni di auto-referenzialità ed esclusività del criterio di valutazione. Ricorrendo un "conglomerato di ordinamenti giuridici", come dice MacCormick, c'è un concorso di criteri di valutazione. Ciascun ordinamento riconosce la forza di valore giuridico dell'altro. Vi è un reciproco conferimento di autorità sulla base di una regola di mutuo riconoscimento, che è la vera *grundnorm* dell'ordinamento giuridico integrato⁹. Il reciproco riconoscimento è un processo che trasforma i termini della relazione. L'interazione fra ordinamenti introduce meccanismi di reciproco adattamento e di trasformazione dei contenuti normativi, delineando una struttura terza, che è il risultato della contaminazione e mediazione.

2.2. La norma come interfaccia fra disposizione comunitaria e disciplina interna

Significativa in tal senso è la tecnica normativa della direttiva. Secondo l'art. 249 del trattato Ce, la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda

⁸ Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, 118 ss.

⁹ Sull'intera problematica rinviamo a Scoditti, *Articolare le costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, 189 ss. Per Mengoni, *Note sul rapporto fra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli stati membri*, in Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 27, la validità del sistema comunitario non può basarsi su una norma fondamentale, la quale introdurrebbe un elemento monistico in un impianto pluralistico, ma sul riconoscimento dell'efficacia dell'ordinamento comunitario come fonte di diritto dal punto di vista dell'ordinamento interno.

il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Il diritto comunitario opera mediante le regole dell'ordinamento interno, il quale, pur nell'ambito della propria discrezionalità, e ferma la correttezza della trasposizione, deve rispettare a sua volta uno *standard* minimo, come insegna la giurisprudenza comunitaria. Due sono in particolare i criteri da rispettare: quello secondo cui gli obblighi comunitari vanno protetti nello stesso modo di quelli sanciti dalle leggi nazionali (principio di equivalenza), e quello secondo cui le regole adottate non devono essere tali da rendere impossibile, o eccessivamente difficoltosa, la tutela dei diritti riconosciuta ai singoli (principio di effettività). Emerge così un principio di reciproco adattamento fra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale, nel senso che il primo trova il proprio limite sul piano degli effetti nella disciplina interna, ma quest'ultima dovrà comunque rispettare uno *standard* (comunitario) minimo di tutela. Lo scopo comunitario trova cioè realizzazione, secondo uno *standard* minimo, nei limiti delle tecniche e degli istituti di diritto interno. È un rapporto circolare quello che si stabilisce fra ordinamenti, l'uno rinvia all'altro secondo un nesso di reciproco riconoscimento e adeguamento.

Benché all'esito dell'attuazione della direttiva la norma appaia come formalmente interna, la sua genesi comunitaria è alla base del rinvio pregiudiziale alla corte comunitaria, di cui all'art. 234 del trattato Ce, in sede interpretativa. Se la disposizione comunitaria è determinante ai fini interpretativi, vuol dire che la norma non è meramente interna, ma è la risultante dell'articolazione fra disposizione comunitaria e normativa nazionale. La norma, in definitiva, non è né interna, né comunitaria, è una norma interfacciale. È il diritto dell'integrazione. Esso non si sviluppa secondo una progressione verticale (lo *Stufenbau* kelseniano), secondo gradi cioè ricadenti in giudizi di validità, ma nel modo dell'interazione, ed il posto del gradino della piramide è preso dalla figura del nodo. L'ordinamento integrato comunitario – nazionale va così configurandosi come una combinazione di nodi, sulla base del paradigma della struttura giuridica “a rete” ormai largamente diffuso nella teoria del diritto¹⁰. La norma nazionale – comunitaria è dunque un nodo, e va interpretata avendo riguardo all'intreccio fra disposizione comunitaria e disciplina interna. Questa declinazione interfacciale della norma conferisce una particolare direzione all'attività interpretativa.

2.3. *L'interpretazione adeguatrice come tessitura*

Per la raffigurazione del giudice del diritto integrato, comunitario – nazionale, non è sufficiente neanche l'immagine offerta da Ronald Dworkin, pur assai distante

¹⁰ Per tutti, Ost- Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.

dal tradizionale giuspositivismo. Il giudice dworkiniano, definito Ercole per il carattere straordinario dell'impresa interpretativa, si colloca entro una catena ermeneutica, sforzandosi di renderla al meglio in modo da fornire la "risposta corretta" al caso concreto¹¹. Proseguire una vicenda interpretativa, puntando a renderla al meglio, è ancora la caratteristica di un ordinamento di tipo auto-referenziale. Non a caso presuppone l'adesione ad un contesto e ad una tradizione determinata. Al più può valere come metodica generale dell'ermeneutica. Il giudice dell'ordinamento integrato, ancor prima dell'essere il prosecutore di una tradizione interpretativa, è un giudice tessitore. È colui che tesse la rete normativa, che ne sonda le giunture, che articola normativa interna e disposizione comunitaria, consapevole che la chiave del precetto interno risiede nella sua origine comunitaria. In questo quadro il concetto di interpretazione adeguatrice acquista un significato diverso da quello concernente il rapporto fra norma e costituzione nell'ordinamento interno. Mentre in quest'ultimo caso mira a salvaguardare l'unità e coerenza dell'ordinamento, tant'è che il dubbio di costituzionalità non viene neanche in rilievo (e la relativa questione è inammissibile) se la norma, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata, è conforme a costituzione, nel caso dell'ordinamento integrato l'interpretazione adeguatrice è la chiave che consente di interconnettere disciplina interna e disposizione comunitaria, di stabilire quello che abbiamo definito il nodo normativo. Se sul piano dell'ordinamento interno l'esigenza dell'interpretazione adeguatrice sorge solo nel caso in cui si debba prevenire un dubbio di costituzionalità, nell'ambiente dell'ordinamento integrato rappresenta la fisiologia, nel senso che la norma, essendo la risultante dell'intreccio di due discipline, va sempre interpretata quale crocevia comunitario – nazionale. L'interpretazione conforme sancisce il carattere unitario della disciplina integrata, comunitaria – nazionale. Si spiega così perché, su sollecitazione della corte comunitaria, il canone dell'interpretazione adeguatrice vada sempre più allargando il proprio raggio.

2.4. Interpretazione adeguatrice e disposizione comunitaria priva di effetto diretto

L'esigenza di adeguamento della norma interna alla disposizione comunitaria non si pone solo nel caso della disciplina che correttamente recepisca la direttiva. Nel caso di non corretta trasposizione della direttiva che, pur essendo chiara, precisa ed incondizionata, non può trovare applicazione nei rapporti orizzontali (la direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti¹²), l'interpretazione conforme del diritto

¹¹ Dworkin, *L'impero del diritto*, Milano, 1989.

¹² Sul piano orizzontale è però ipotizzabile la non applicabilità della norma nazionale adottata senza rispettare le procedure imposte dalla direttiva comunitaria (Corte giust. 26 settembre 2000, causa C-443/98, *Racc.*, I-7535).

to nazionale può essere lo strumento della sua, sia pure indiretta, applicazione. La mancanza di effetto diretto non esclude l'effetto utile del diritto comunitario. Come insegna il caso *Pfeiffer*, il giudice nazionale non dovrà limitarsi ad interpretare in modo conforme alla direttiva la normativa di recepimento, ma anche l'intero diritto nazionale, per valutare in quale misura possa essere applicato in modo da non pervenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva, non correttamente trasposta¹³. Il lavoro di tessitura è dunque a trecentosessanta gradi, sull'intero ordinamento interno, senza la limitazione del riferimento alla norma di recepimento, e riguarda sia le disposizioni anteriori che posteriori alla direttiva di cui trattasi. L'applicazione del diritto interno in modo conforme al risultato della direttiva è espressione in primo luogo del terzo comma dell'art. 249. Nel prescrivere che la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi, la norma impone a ciascun organo nazionale il perseguimento di quel risultato, nelle forme ad esso pertinenti, e dunque per ciò che concerne l'organo giudiziario per via dello strumento interpretativo. L'interpretazione adeguatrice, in secondo luogo, discende dal principio di leale cooperazione di cui all'art. 10¹⁴. Per le stesse ragioni si afferma che fra la data di entrata in vigore e quella della scadenza del termine di recepimento, la direttiva, per i principi che esprime, è ormai entrata nell'ordinamento comunitario, sicché richiede che la normativa nazionale sia applicata fin dall'entrata in vigore della direttiva medesima in modo conforme a quei principi (nel caso *Velasco Navarro* si trattava del divieto di discriminazione in materia di salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro)¹⁵.

L'interpretazione adeguatrice, nell'ambito della tessitura interpretativa, diventa così la chiave di attuazione del diritto sovranazionale laddove non ricorra l'efficacia

¹³ Corte giust. 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Foro it.*, 2005, IV, 23 con osservazioni di Ricci.

¹⁴ L'interpretazione conforme rappresenta un obbligo per il giudice nazionale anche considerando la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad organo giurisdizionale di ultimo grado (Corte giust. 30 settembre 2003, causa C-224/01, *id.*, 2004, IV, 4, con nota di Scoditti, *"Francovich" presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*; 13 giugno 2006, causa C-173/03, *id.*, 2006, IV, 418, con note di Scoditti, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, Palmieri, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, e Giovanetti, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Un strada pericolosa*).

¹⁵ Corte giust. 17 gennaio 2008, causa C-246/06, *id.*, 2008, IV, 277 (Corte giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *id.*, 2007, IV, 72 con osservazioni di Ricci e nota di Perrino, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, si era già pronunciata nel senso che dalla data di entrata in vigore della direttiva i giudici degli Stati membri devono astenersi per quanto possibile dall'interpretare il diritto interno in un modo che rischierebbe di compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di attuazione, la realizzazione del risultato perseguito dalla direttiva medesima).

diretta. È il caso, in particolare, del c.d. terzo pilastro dell'Unione europea (disposizioni del trattato sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale), ancora su base intergovernativa, e non comunitaria, e le cui fonti, ad eccezione degli accordi *ex artt.* 24 e 38 del trattato UE, sono prive di effetto diretto. Le decisioni-quadro, in particolare, sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma ed ai mezzi, ma non hanno efficacia diretta (art. 34). Il vincolo di risultato per lo Stato si traduce, dal punto di vista dell'organo giudiziario, nell'obbligo di interpretazione conforme, si afferma nel caso *Pupino*. In particolare l'intero diritto nazionale dovrà essere preso in considerazione per valutare in che misura quest'ultimo possa ricevere un'applicazione tale da non sfociare in un risultato contrario a quello perseguito dalla decisione quadro, nei limiti del rispetto dei principi generali del diritto, ed in particolare di quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e con il divieto di non pervenire ad una interpretazione *contra legem* del diritto nazionale¹⁶. Proprio con riferimento alla decisione quadro sul mandato di arresto europeo, le sezioni unite della Cassazione hanno fatto applicazione del criterio dell'interpretazione adeguatrice per chiarire la portata della legge italiana di recepimento, ed in particolare l'art. 18 lett. e) l. n. 69 del 2005, che, fra i casi di rifiuto della consegna, include quello "se la legislazione dello Stato membro di emissione non prevede i limiti massimi della carcerazione preventiva". Considerate le finalità della decisione quadro, che sono quelle della reciproca fiducia fra gli Stati membri (alla base del superamento del regime estradizionale) e del rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 6 del trattato Ue, la disposizione deve essere intesa nel senso della verifica da parte dell'autorità giudiziaria dell'esistenza presso l'ordinamento processuale dello Stato di emissione del mandato di garanzie equivalenti a quelle derivanti dal nostro sistema di termini di durata massima della custodia, e segnatamente se sia espressamente fissato un termine di durata della custodia cautelare fino alla sentenza di condanna di primo grado¹⁷.

¹⁶ Corte giust. 16 giugno 2005, causa C-105/03, *id.*, 2006, IV, 585 con nota di Armone, *La Corte di giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea: quale futuro*.

¹⁷ Cass. 30 gennaio 2007, *id.*, 2007, II, 137 con osservazioni di Ruzzolino; si veda anche App. Venezia 21 dicembre 2006, *ibidem*, 138 che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dichiarata inammissibile da Corte cost. 18 aprile 2008, n. 109, *Giur. cost.*, 2008, 1358 con nota di Pinelli, *Interpretazione conforme (rispettivamente, a Costituzione e al diritto comunitario)*; la validità della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo è stata confermata da Corte giust. 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Foro it.*, 2007, IV, 438 con nota di Iuzzolino, *La decisione quadro come fonte di produzione del diritto dell'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria penale. Il mutuo riconoscimento e i principi di legalità, eguaglianza e non discriminazione*, non ravvisandovi la violazione dei principi di legalità dei reati e delle pene e di uguaglianza e di non discriminazione.

3. L'integrazione attraverso il rinvio pregiudiziale

3.1. Rinvio pregiudiziale e diritto nazionale

Se l'effettività dell'integrazione degli ordinamenti dipende in misura rilevante dalle pratiche istituzionali degli attori, ed in special modo dall'interpretazione della giurisprudenza, il rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 234 del trattato Ce acquista una funzione determinante. Gli ordinamenti si articolano grazie all'articolazione di giurisdizioni che si verifica in occasione della domanda proposta dal giudice nazionale alla Corte di giustizia in ordine all'interpretazione del diritto comunitario o alla sua validità. La decisione di rinvio costituisce adempimento dell'obbligo di cooperazione sancito dall'art. 10. Benché vi sia una ricaduta sul piano soggettivo della tutela delle situazioni giuridiche coinvolte nel giudizio *a quo*, il baricentro del rimedio si colloca nella funzione oggettiva di assicurazione dell'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto comunitario. Si tratta di un procedimento incidentale non contenzioso, come ha chiarito la corte¹⁸, al quale consegue la sospensione del giudizio principale (nell'ordinamento italiano l'art. 3 l. n. 204/1958 prevede la forma dell'ordinanza per il rinvio e la sospensione del giudizio). Dal fatto che l'interpretazione costituisca l'oggetto della domanda discende che, in ordine al rinvio pregiudiziale, non è emerso per via pretoria quale presupposto di ammissibilità, come invece si è verificato nell'esperienza italiana a proposito dell'incidente di costituzionalità, il previo esperimento dell'interpretazione adeguatrice, di cui pure resta titolare il giudice del rinvio. Ma anche sul piano della rilevanza e dell'interpretazione della norma da applicare nella controversia si registra una differenza con il processo costituzionale incidentale. Che il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale, è requisito di ammissibilità del processo incidentale normativamente previsto, e si tratta dunque di una prima valutazione della norma del giudizio *a quo*, sotto il profilo dell'applicabilità alla fattispecie, che viene svolta dalla Corte costituzionale, sia pure al solo fine dell'ammissibilità della questio-

¹⁸ Corte giust. 24 ottobre 2001, causa C-186/01, *id.*, 2003, IV, 148, secondo cui la domanda di provvedimenti urgenti per l'attuazione dello stesso diritto comunitario, proposta nell'ambito del procedimento pregiudiziale, è irricevibile, e resta di competenza dei giudici nazionali, a causa del carattere non contenzioso del procedimento. Sul piano delle competenze va rammentato che l'art. 225 prevede che il Tribunale di primo grado è competente a conoscere delle questioni pregiudiziali, sottoposte ai sensi dell'art. 234, in materie specifiche determinate dallo statuto; ove ritenga che la causa richieda una decisione di principio che potrebbe compromettere l'unità o la coerenza del diritto comunitario, può rinviare la causa dinanzi alla Corte di giustizia affinché si pronunci; se ricorre un grave rischio di compromissione per l'unità o la coerenza del diritto comunitario, la decisione del Tribunale può eccezionalmente essere oggetto di riesame da parte della Corte di giustizia, alle condizioni previste dallo statuto. Per una ricognizione sul piano sociologico dell'attività giurisdizionale in ordine al rinvio pregiudiziale, Reale-Borraccetti, *Da giudice a giudice. Il dialogo tra giudice italiano e Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2008.

ne. Ma l'interpretazione del diritto applicabile alla controversia è attività che può essere svolta anche dalla Corte, come dimostra la prassi delle sentenze interpretative di rigetto. Non spetta, invece, alla corte comunitaria nell'ambito del rinvio pregiudiziale pronunciarsi sull'interpretazione delle disposizioni nazionali, né giudicare se l'interpretazione che di queste dà il giudice del rinvio sia corretta¹⁹. Nel caso del processo costituzionale è la legittimità della norma da applicare che deve essere valutata, nell'ambito di un unitario ordinamento, e dunque la sentenza interpretativa di rigetto è l'occasione per un'incursione del giudice delle leggi nel campo della normazione ordinaria. Nel caso del rinvio pregiudiziale la corte che si pronuncia sul rinvio medesimo è estranea all'ordinamento cui appartiene la norma da applicare, ed è dunque compito del giudice nazionale stabilire il nesso fra diritto interno e disposizione comunitaria così come interpretata dalla Corte di giustizia.

La concorrenza di ordinamenti consente anche di spiegare il diverso approccio del giudice comunitario al tema della rilevanza. Il secondo comma dell'art. 234, che riguarda il caso di rinvio (facoltativo) da parte di una giurisdizione non di ultima istanza, prevede una valutazione da parte del giudice della necessità della decisione sul punto pregiudiziale per emanare la propria sentenza. La valutazione di rilevanza è dunque di competenza del giudice nazionale. Dice la corte che "spetta soltanto al giudice nazionale cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla corte... La corte può rifiutarsi di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale solo qualora, segnatamente, appaia in modo manifesto che l'interpretazione di una norma comunitaria o il giudizio sulla sua validità chiesti da tale giudice non hanno alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale o qualora il problema sia di natura ipotetica"²⁰. Affermata la propria estraneità al giudizio di rilevanza che, riguardando il diritto nazionale, resta di pertinenza della relativa giurisdizione, la corte comunitaria riserva a sé un controllo di tipo esclusivamente formale del requisito mediante l'esame della domanda proposta dal giudice. Naturalmente, mediante l'argomento della manifesta non necessità della decisione, che avrebbe comunque un carattere eccezionale, può aversi un'interferenza del giudice comunitario in un campo di valutazione riser-

¹⁹ Corte giust. 9 ottobre 2008, causa C-404/07, *id.*, 2008, IV, 577 (nella giurisprudenza nazionale si veda Cass. 22 settembre 2006, n. 20708, *id.*, Rep. 2006, voce *Unione europea*, n. 999).

²⁰ Corte giust. 10 marzo 2009, causa C-169/07, *id.*, 2009, 35. Irricevibile è anche un ricorso in cui la controversia è fittizia, come quando l'incompatibilità comunitaria denunciata dalle parti del processo riguarda una norma di un Paese diverso da quello del foro (su cui il *leading-case Foglia-Novello* – Corte giust. 16 dicembre 1981, causa C-244/80, *Racc.*, 3045).

vato al giudice nazionale. Il principio resta tuttavia quello di non ingerenza della corte comunitaria nelle vicende del giudizio nazionale.

3.2. Ricevibilità della domanda pregiudiziale e condizioni per un dialogo efficace fra giudici

In realtà, tutte le caratteristiche del rinvio pregiudiziale, così come evidenziate dalla giurisprudenza comunitaria, vanno lette alla luce della sua particolare collocazione nel punto di giuntura fra i due ordinamenti, e nell'essere quindi un dialogo "da giudice a giudice". Si tratta di una "domanda" proposta da un giudice ad un altro (senza che sia necessaria l'istanza di una delle parti del processo), e dunque la logica che muove i soggetti del procedimento è di tipo essenzialmente cooperativo. Bisogna collaborare nell'impresa dell'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto comunitario, a condizione che una controversia concretamente vi sia, e non si tratti di esprimere pareri a carattere consultivo, su questioni generali o ipotetiche²¹. È nell'ottica dell'instaurazione di un dialogo che vanno lette le condizioni di ricevibilità delle domande pregiudiziali. A parte il requisito della pendenza della lite, e la natura giurisdizionale dell'autorità richiedente, da definire alla stregua del diritto comunitario per evidenti ragioni di uniformità²², viene in primo piano il difetto di utilità della questione nel giudizio *a quo*. Al riguardo l'onere è a carico del soggetto che mette in moto la relazione, il giudice nazionale. Quest'ultimo deve definire il contesto di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate, e spiegare almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate, fornendo altresì un minimo di spiegazioni sulle ragioni della scelta delle norme di diritto dell'Unione di cui chiede l'interpretazione e sul rapporto che egli ritiene esista fra tali disposizioni e il diritto nazionale applicabile alla controversia. Ciò al fine non solo di consentire alla corte di fornire soluzioni utili, ma anche per dare ai governi degli Stati membri, nonché alle altre parti interessate, la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell'art. 23 dello statuto della Corte di giustizia. In assenza di qualsiasi motivazione specifica nella domanda giudiziale, circa le ragioni per le quali il giudice nazionale ritiene utile la pronuncia della corte, la questione pregiudiziale è irricevibile²³. Mancano i requisiti minimi perché un dialogo possa partire.

²¹ Corte giust. 20 gennaio 2005, causa C-225/02, *Foro it.*, Rep. 2007, voce cit., n. 1387. Già nella sentenza *Schwarze* del 1 dicembre 1965 (causa C-16/65, *Racc.*, 1081) si affermava che i giudici nazionali e quelli comunitari "ciascuno entro i limiti della propria competenza... devono collaborare direttamente all'elaborazione della decisione".

²² Per valutare se un organo possieda le caratteristiche di un giudice ai sensi dell'art. 234 Ce, questione rilevante solo ai fini del diritto comunitario, occorre tener conto di un insieme di elementi quali il fondamento giuridico dell'organo, il suo carattere permanente, l'efficacia vincolante delle sue pronunce, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (Corte giust. 30 marzo 2006, causa C-259/04, *id.*, Rep. 2007, voce cit., n. 1379).

²³ Corte giust. 28 giugno 2007, causa C-467/05, *id.*, 2007, IV, 492 con osservazioni di Arnone.

Nell'ottica di un'efficace partenza del dialogo particolarmente utile è il riferimento alla "Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali" elaborata dalla Corte di giustizia²⁴. Al livello di stato del procedimento si auspica che la decisione di rinvio venga presa in una fase nella quale il giudice del rinvio sia in grado di definire l'ambito di fatto e di diritto del problema, affinché la Corte disponga di tutti gli elementi necessari per verificare, eventualmente, che il diritto comunitario si applica alla causa principale. Quanto alla forma, si richiamano le autorità nazionali sul fatto che è la decisione di rinvio la base di tutto il procedimento, e che viene notificata agli interessati legittimati a presentare osservazioni. Si richiede quindi, anche ai fini della traduzione, una redazione semplice, chiara e precisa, senza elementi superflui. La decisione, pur succinta (una lunghezza di dieci pagine può essere sufficiente, precisano le note informative), deve essere completa, e deve: contenere una breve esposizione dell'oggetto della controversia, nonché le ipotesi di fatto sulle quali la questione pregiudiziale è basata; riportare il contenuto delle disposizioni nazionali applicabili, indicando eventualmente la giurisprudenza pertinente; identificare con la maggiore precisione possibile le disposizioni comunitarie pertinenti; esplicitare i motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a sollevare questioni sull'interpretazione o la validità di talune disposizioni comunitarie, nonché il nesso che esso stabilisce fra queste disposizioni e la normativa nazionale applicabile. Se in grado di farlo, il giudice del rinvio può infine indicare succintamente il suo punto di vista sulla soluzione da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte. Le questioni pregiudiziali devono figurare in una parte separata della decisione di rinvio, in modo da essere chiaramente individuabili, e devono essere comprensibili senza fare riferimento alla motivazione della domanda.

3.3. *Obbligo e facoltà del rinvio*

È nella logica del dialogo utile che va anche chiarita la portata dell'obbligo della giurisdizione di ultima istanza, da intendersi in chiave funzionale e non gerarchica, di operare il rinvio. Dal fatto che le decisioni del giudice non possono essere oggetto di un ricorso giurisdizionale di diritto interno non discende automaticamente l'obbligo di proporre la questione. Esso non ricorre quando il giudice abbia constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria abbia già costituito oggetto di interpretazione da parte della corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi (secondo la discussa teoria dell'atto chiaro di origine francese), avuto riguardo alle caratteristiche proprie del diritto comunitario, alle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta ed al rischio di divergenze di giurispru-

²⁴ Gazzetta Ufficiale UE n. C 143 dell'11 giugno 2005.

denza all'interno della comunità²⁵. Il tema è di grande delicatezza, ove si presti attenzione al fatto che le ipotesi in cui la giurisprudenza comunitaria ha ritenuto la responsabilità dello Stato per violazione (manifesta) del diritto comunitario derivante da provvedimento di organo giurisdizionale di ultimo grado riguardano casi in cui il giudice nazionale si era rifiutato di sollevare la questione pregiudiziale²⁶.

Sempre nel quadro della collaborazione fra giudici, il giudice nazionale destinatario della sentenza pregiudiziale può ritenere necessario rivolgersi nuovamente alla corte prima di dirimere la causa principale, ed in particolare quando si trova di fronte a difficoltà di comprensione o di applicazione della sentenza (conformemente a quanto previsto dall'art. 43 del protocollo sullo statuto della Corte di giustizia in generale per le pronunce della corte), quando sottopone alla corte una nuova questione giuridica oppure quando le sottopone nuovi dati di valutazione che possano indurla a risolvere altrimenti una questione che è già stata sollevata²⁷. Il dialogo può anche chiudersi an-

²⁵ Corte giust. 15 settembre 2005, causa C-495/03, *Foro it.*, Rep. 2007, voce cit., n. 1381. In relazione alle materie del titolo IV del trattato, già rientranti nell'ambito del terzo pilastro (visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone), il rinvio pregiudiziale può essere disposto ai sensi dell'art. 68 solo da una giurisdizione di ultima istanza. Sempre con riferimento alle materie in discorso, il terzo comma dell'art. 68 prevede una sorta di ricorso nell'interesse della legge, estraneo all'area della collaborazione giudiziaria dell'istituto pregiudiziale: il Consiglio, la Commissione o uno Stato membro possono chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione del titolo IV o di un atto comunitario fondato su tale titolo. Il rimedio del rinvio pregiudiziale è previsto anche per il settore del terzo pilastro (disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale) dall'art. 35 del trattato UE (quanto alla giurisdizione di ultima istanza è prevista la facoltatività del rimedio), con riferimento alla validità o interpretazione delle decisioni-quadro e delle decisioni, ad esclusione delle misure nazionali adottate per il mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna, previa dichiarazione di accettazione da parte dello Stato membro (la Repubblica italiana ha reso la relativa dichiarazione). La Corte di giustizia ha interpretato estensivamente l'art. 35 ed ha riconosciuto la propria competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale su tutte le disposizioni adottate dal consiglio dirette a produrre effetti nei confronti dei terzi, a prescindere dalla loro natura o forma, e pertanto anche su una questione concernente la validità o interpretazione di una posizione comune adottata sulla base dell'art. 34 (Corte giust. 27 febbraio 2007, causa C-354/04, *id.*, 2007, IV, 189 con osservazioni di Armone).

²⁶ Corte giust. 30 settembre 2003, causa C-224/01, *cit.*; 13 giugno 2006, causa C-173/03, *cit.* Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, ai fini dell'accertamento del presupposto della violazione manifesta del diritto comunitario, si devono considerare il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali (o comunitarie), il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrarie al diritto comunitario. La detta violazione in ogni caso ricorre quando la sentenza del giudice di ultimo grado ignora in modo manifesto la giurisprudenza comunitaria.

²⁷ Corte giust. 6 marzo 2003, causa C-466/00, *id.*, Rep. 2004, voce cit., n. 1103. Rispetto alla facoltà del giudice non di ultima istanza di promuovere l'incidente pregiudiziale di cui all'art. 234 cede anche il vincolo al principio di diritto enunciato dal giudice superiore in sede di giudizio rescissorio (Corte giust. 12 febbraio 1974, causa C-146/73, *id.*, 1974, IV, 211); la Corte di cassazione italiana ha prestato ossequio a tale indirizzo, ma qualificando la sentenza della Corte di giustizia come *ius superveniens* (rispetto al quale è

tipicamente se il giudice *a quo* revoca l'ordinanza di rinvio, ovvero, nei sistemi ove è previsto il relativo rimedio, il provvedimento venga revocata in sede impugnatoria²⁸.

3.4. *La valutazione di compatibilità comunitaria della norma nazionale*

Il monopolio interpretativo in ordine alla normativa interna spetta al giudice nazionale. In linea di principio non può essere disposto il rinvio pregiudiziale per l'interpretazione della norma interna al fine di verificarne la compatibilità con la disciplina comunitaria e deciderne l'eventuale non applicazione, non essendo la corte comunitaria competente ad interpretare il diritto nazionale dei singoli Stati membri, o a statuire circa la detta compatibilità. Tuttavia la corte, benché non competente ad applicare la norma comunitaria ad una determinata fattispecie, ed a valutare quindi una disposizione di diritto nazionale sotto il profilo di detta norma, nell'ambito della collaborazione giudiziaria instaurata dall'art. 234, ed in base al contenuto degli atti di causa, può fornire al giudice nazionale gli elementi di interpretazione del diritto comunitario che possono essergli utili per la valutazione della disposizione in discorso²⁹. Lungo questa strada i dispositivi delle sentenze pregiudiziali nelle quali viene in rilievo un problema di compatibilità della disciplina nazionale vengono formulati mediante la formule "osta" o "non osta", esplicitando dunque il coordinamento fra i due precetti, quello comunitario e quello nazionale. Affinché la pronuncia non acquisti il carattere di un accertamento anche in relazione alla norma nazionale, la formula adoperata è quella del riferimento a "disposizioni nazionali del tipo di quelle" poste dall'organo rinviante, o "in circostanze come quelle in questione nella causa principale". In tal modo la disposizione nazionale resta formalmente estranea all'accertamento, ma so-

recessivo il principio di diritto di cui all'art. 384 c.p.c. in sede di rinvio), e così permettendo al giudice del rescissorio di sottrarsi al vincolo del principio emesso in sede rescindente (Cass. 9 ottobre 1998, n. 10035, *Riv. internaz. priv.e proc.*, 2000, 180; in senso critico circa il superamento del vincolo del principio di diritto mediante la qualificazione della pronuncia comunitaria come *ius superveniens*, Raiti, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, 294 ss.).

²⁸ Nel sistema processuale civile italiano l'ordinanza di rinvio è revocabile, o modificabile, da parte dello stesso giudice che l'ha emessa ai sensi dell'art. 177 secondo comma c.p.c., sia per circostanze sopravvenute (transazione della lite, pronuncia della corte comunitaria su un'identica questione sollevata da altro giudice, ecc.), sia per una differente valutazione da parte del giudice che ha disposto il rinvio (Trisorio Liuzzi, *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della Comunità europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 788). Dato il principio di autonomia delle normative processuali nazionali, non spetta alla corte comunitaria verificare se la decisione di rinvio sia stata adottata in modo conforme alle norme nazionali di organizzazione giudiziaria e di procedura, sicché deve attenersi alla decisione di rinvio fintantoché questo provvedimento non sia stato revocato a seguito dell'esperimento di rimedi giurisdizionali eventualmente previsti dal diritto nazionale (Corte giust. 1 dicembre 2005, causa C-213/04, *Foro it.*, Rep. 2007, voce cit., n. 1374).

²⁹ Corte giust. 5 marzo 2002, causa C-540/99, *Foro it.*, Rep. 2003, voce cit., n. 996. Resta di competenza del giudice nazionale la previsione delle conseguenze, nella concreta controversia, derivanti dall'applicazione del diritto comunitario (Corte giust. 17 luglio 2008, causa C-94/07, *id.*, 2008, IV, 531).

stanzialmente si è fornito il chiarimento al giudice nazionale. Le formule “osta” o “non osta” vengono adoperate nei rinvii in cui sia in questione la compatibilità comunitaria della norma nazionale anche dal giudice nazionale, spesso con percorsi argomentativi complessi, quali la connessione “per subordinazione” o l’illustrazione di ipotesi ricostruttive parallele. Al riguardo, a salvaguardia dei requisiti di chiarezza e completezza, è utile fare riferimento alle note informative di cui sopra.

Come sottolineato dalla Corte costituzionale, nel caso in cui esista nell’ordinamento interno un diritto vivente formatosi in conseguenza di un’erronea applicazione dei parametri di valutazione forniti dalla Corte di giustizia, la questione non è di costituzionalità, ma di compatibilità della legge nazionale con norme comunitarie provviste di effetto diretto. Le statuizioni della corte comunitaria hanno infatti, al pari delle norme comunitarie di riferimento, diretta efficacia nell’ordinamento interno, e nel caso di dubbio il giudice nazionale deve utilizzare il rimedio del rinvio pregiudiziale³⁰.

3.5. *Il giudizio di compatibilità alla luce dei principi generali del diritto comunitario*

Definite le coordinate fondamentali del dialogo fra giurisdizioni, è tempo di riprendere le fila del discorso sui compiti del giudice nazionale, valutando proprio le ricadute sulla giurisdizione nazionale delle sentenze interpretative della corte comunitaria. Abbiamo visto che l’interpretazione adeguatrice permette alla direttiva priva di efficacia, sia perché in questione sono i rapporti orizzontali (caso *Pfeiffer*), sia perché (caso *Velasco Navarro*) non è scaduto ancora il termine di recepimento, di penetrare nel sistema nazionale. Con il caso *Mangold* la corte va oltre i confini dell’interpretazione conforme, ed apre le porte alla non applicazione della norma interna. Anche in tale caso il termine di trasposizione della direttiva non era ancora scaduto. Afferma la corte, in relazione alla direttiva 2000/78 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, che il principio di non discriminazione, in quanto principio generale del diritto comunitario, non sancito dalla direttiva citata, deve essere rispettato indipendentemente dalla scadenza del termine concesso per il recepimento della direttiva medesima. Ne discende che è compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell’età, disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, anche in mancanza della scadenza del termine di trasposizione della direttiva³¹. Il successivo caso *Velasco Navarro*, come si è visto, ha dato una risposta diversa al problema, nel segno dell’interpretazione adeguatrice. Il principio dell’interpretazione

³⁰ Corte cost. 13 luglio 2007, n. 284, *Corr. giur.*, 2007, 1664 con nota di Conti, *Test di costituzionalità e direttive non self executing: un dialogo ancora aperto con la Granital*.

³¹ Corte giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *id.*, 2006, IV, 133 e 341 con nota di Piccone-Sciarra, *Principi fondamentali dell’ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*.

conforme non può servire però, com'è noto, da fondamento ad una interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Se c'è questo limite, è possibile per il giudice nazionale, in presenza di un principio generale del diritto comunitario, non applicare la norma nazionale, introducendo una sorta di "sindacato diffuso di legittimità comunitaria"? Il caso *Mangold* sembra andare in tale direzione, ma le conseguenze potrebbero essere di ben altra portata, ove si presti attenzione al fatto che il trattato di Lisbona, in attesa della ratifica da parte di tutti gli Stati membri, conferisce alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea lo stesso valore giuridico dei trattati (art. 6).

La questione da affrontare è allora quella della posizione del giudice comune nazionale di fronte ai diritti fondamentali di origine comunitaria, ed in generale sovranazionale se si ha riguardo anche alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Si consideri che in base sempre all'art. 6 del trattato di Lisbona l'Unione, senza che questo modifichi le sue competenze definite dai trattati, aderisce alla CEDU. Si tratta di comprendere anche quale sia il ruolo del meccanismo del rinvio pregiudiziale nell'ambito del più vasto tema della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali derivanti da fonte sopranazionale. Il problema posto tocca dunque uno dei nodi centrali delle moderne organizzazioni costituzionali, sia per ciò che concerne il rapporto fra giudice e legge, che per le interferenze con il sistema della giustizia costituzionale, e deve pertanto essere affrontato, ancor prima che con rigore metodologico, con grande responsabilità istituzionale.

4. Il giudice comune nazionale e la tutela dei diritti fondamentali derivanti da fonte sovranazionale

4.1. Corte di giustizia e diritti fondamentali

Come è stato detto con espressione efficace, è "l'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea"³². L'indicatore principale è fornito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, cui si deve, com'è noto, il contributo principale ai fini del radicamento della Comunità, e poi dell'Unione europea, sui diritti fondamentali, superando l'iniziale concezione funzionalista del Trattato di Roma, al punto che con la decisione *Omega* del 2004 sono state le libertà economiche a cedere di fronte alla necessità di rispettare la dignità umana. Un effetto legittimante, nella direzione della tutela sempre più estesa dei diritti fondamentali da parte della giurisprudenza comunitaria, è stato

³² Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalismo e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 13 ss., per un'efficace ricostruzione dell'evoluzione della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali (si veda anche Cordinanzi, *Il "livello comunitario" di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in Bilancia-De Marco – a cura di –, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, 35 ss.).

offerto anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che la Corte di giustizia, a partire da una pronuncia del 2006, ha richiamato in più occasioni, e richiami in tale senso non mancano ormai neanche nella nostra giurisprudenza costituzionale³³. Un'efficace sintesi della giurisprudenza comunitaria in materia di diritti fondamentali è costituita dal recente caso *Kadi*. La sentenza, riformando le pronunce di primo grado, ha annullato, limitatamente alle parti impugnanti, il regolamento su misure restrittive nei confronti delle persone ed entità associate alla rete terroristica di Osama bin Laden e di Al-Qaeda, in attuazione di risoluzione adottata dal consiglio di sicurezza in base al capitolo VII della carta delle Nazioni unite. Le affermazioni essenziali della corte, sul piano della dottrina dei diritti fondamentali, sono le seguenti.

La Comunità è una comunità di diritto nel senso che né i suoi Stati membri né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla Carta costituzionale fondamentale costituita dal Trattato Ce e che quest'ultimo ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici. I diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. A tal fine, la corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La Cedu riveste, a questo proposito, un particolare significato. Il rispetto dei diritti dell'uomo rappresenta una condizione di legittimità degli atti comunitari e nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto di questi ultimi. Nella specie, con riferimento ad un controllo di legittimità avente ad oggetto l'atto comunitario volto ad attuare l'accordo internazionale, e non quest'ultimo in quanto tale, è stata ravvisata la violazione del diritto fondamentale ad un ricorso giurisdizionale effettivo³⁴.

³³ Corte cost. 23 novembre 2006, n. 393, *id.*, 2007, I, 1 con osservazioni di Di Chiara, richiama la Carta di Nizza "ancorché priva tuttora di efficacia giuridica, per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei".

³⁴ Corte giust. 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05, *id.*, 2008, IV, 465. In primo grado la domanda era stata disattesa sulla base della seguente motivazione: le istituzioni comunitarie hanno agito in modo vincolato rispetto alla risoluzione del consiglio di sicurezza; avendo tuttavia il tribunale il potere di controllare in via incidentale la legittimità di quest'ultima alla luce dello *ius cogens*, e cioè l'ordinamento pubblico internazionale che s'impone nei confronti di tutti i soggetti del diritto internazionale, non emergono violazioni delle norme di tale ordinamento (Trib. I grado 21 settembre 2005, causa T-306/01, *id.*, 2006, IV, 94 con osservazioni di Fancello-Pioletti). La Corte di giustizia ha invece annullato *in parte qua* il regolamento partendo dalla premessa che il controllo giurisdizionale si estende non in via incidentale sulla risoluzione del consiglio di sicurezza, ma in via principale sull'atto comunitario, ed applicando in tal modo come parametro di legittimità la tutela dei diritti fondamentali quali principi costituzionali del trattato Ce, che non possono essere compromessi neanche dagli obblighi imposti da un accordo internazionale. Nella vicenda contigua dell'*Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran* il Tribunale di primo grado aveva annullato la posizione comune del consiglio dell'Unione europea, facendo applicazione dei parametri dei diritti fondamentali, perché la designazione dei soggetti interessati dalle misure di congelamento dei fondi non era stata operata dalla risoluzione del consiglio di sicurezza (Trib. I grado 12 dicembre 2006, causa T-228/02, *id.*, 2007, IV, 190).

4.2. Per una revisione della teoria dei controlimiti nazionali

L'art. 6 del trattato UE (l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri; l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario) è al fondo il risultato dell'opera interpretativa della Corte di giustizia. In questo quadro si colloca anche il regolamento n. 168/2007 istitutivo dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali. Di fronte ad un siffatto patrimonio costituzionale in materia di diritti fondamentali, problematico appare il mantenimento della dottrina dei controlimiti, quanto meno nella sua versione tradizionale, come riserva di giurisdizione della corte costituzionale nazionale circa la conformità del trattato e delle disposizioni di attuazione ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ed ai diritti inalienabili della persona³⁵. Come da tempo affermato, l'eserci-

³⁵ Per la tradizionale configurazione dei controlimiti si veda Corte cost. 22 marzo 2001, n. 73, *id.*, 2001, I, 1441. Ritiene non più giustificata la teoria dei controlimiti, alla luce della rilevanza dei diritti fondamentali nel sistema e nella giurisprudenza comunitari, Tizzano, *Corte e Corte di giustizia*, *id.*, 2006, V, 351. È stato osservato che l'unica ipotesi in cui vi è un rischio teorico di applicazione dei controlimiti è quella in cui, posta una norma incriminatrice nazionale in attuazione di un obbligo comunitario, sia successivamente depenalizzata la fattispecie criminosa (Sotis, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in Bilancia-D'Amico – a cura di –, *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, Milano, 2009, 152). Deve rammentarsi che con riferimento alla criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti l'Unione europea si propone di perseguire il ravvicinamento delle normative degli Stati membri in materia penale (art. 29 trattato Ue). Benché in via di principio la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrino nella competenza della Comunità, la Corte di giustizia ha riconosciuto, con riguardo allo specifico settore della tutela ambientale (con argomentazione estendibile anche ad altri settori di competenza comunitaria), che il legislatore comunitario, allorché sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive costituiscano la misura indispensabile, può adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri (Corte giust. 13 settembre 2005, causa C-176/03, *id.*, 2006, IV, 585; in generale sulla materia, Grasso, *Diritto comunitario e diritto interno: profili penali*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, 265 ss.). La questione, per la quale è stato ravvisato un rischio di applicazione dei controlimiti, è stata in realtà già risolta dalla corte comunitaria con il caso *Berlusconi*. Si trattava dell'introduzione nella disciplina nazionale di disposizioni penali più favorevoli, a modifica di precedente previsione penale in attuazione di direttiva comunitaria che chiedeva di stabilire sanzioni adeguate. La Corte di giustizia ha affermato che, facendo parte il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, e dunque costituendo parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, non può farsi valere ai fini della non applicazione l'incompatibilità della nuova disposizione nazionale con quella comunitaria; la direttiva non può inoltre direttamente determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni, indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, e ciò in applicazione del principio dell'ineidoneità della direttiva a creare di per sé obblighi a carico dei singoli (Corte giust. 3 maggio 2005, causa riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *id.*, 2005, IV, 285 con osservazioni di Arnone, che sottolinea critica-

zio del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale, quale strumento per far pervenire alla Corte di giustizia le proprie valutazioni in ordine ai principi costituzionali rilevanti, prevenirebbe, nel quadro del dialogo fra corti, le possibilità di conflitto istituzionale derivanti dall'esercizio della riserva di giurisdizione alla luce dei controlimiti, consentendo alla corte nazionale di entrare nel circuito comunitario e di dare voce alla propria tradizione costituzionale. L'ordinanza n. 103 del 2008, con cui la Corte costituzionale per la prima volta, riconoscendosi giurisdizione nazionale (di unica istanza, per non essere ammessa impugnazione contro le sue decisioni) ai sensi dell'art. 234, in occasione di un giudizio di legittimità costituzionale proposto in via principale, ha emanato un'ordinanza di rinvio alla corte comunitaria, è un passo significativo in questa direzione, anche se resta aperto l'interrogativo sui futuri orientamenti del giudice delle leggi con riferimento al processo costituzionale in via incidentale, nel quale finora ha sempre prevalso la restituzione degli atti al giudice *a quo* per la priorità della pregiudiziale comunitaria rispetto a quella costituzionale³⁶. Ai fini di un adeguamento della dottrina dei controlimiti all'attuale stadio di sviluppo costituzionale dell'Unione europea due profili vanno evidenziati, uno sostanziale e l'altro procedimentale.

Quanto al primo aspetto è stato evidenziato che i controlimiti si giustificano nell'ambito di una teoria delle fonti gerarchicamente orientata, ma perdono significato se, ponendo al centro la teoria dell'interpretazione, e dunque un punto di vista assiologico, e non formale – astratto, si collocano tutti i principi su un piano di parità, e si risolvono i

mente che il principio della retroattività della legge penale più favorevole, oltre a non essere stato sancito dalla Cedu, non è stato costituzionalizzato secondo la nostra giurisprudenza costituzionale, essendo estraneo al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. – sull'inerenza di quest'ultimo principio ai principi generali del diritto alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, Corte giust. 3 maggio 2007, causa C-303/05, cit., sul mandato di arresto europeo –; in argomento si veda anche, con riferimento alla direttiva relativa ai rifiuti, Corte giust. 11 novembre 2004, causa C-457/02, *id.*, 2004, IV, 588).

³⁶ Corte cost. 15 aprile 2008, n. 103, *Giur. cost.*, 2008, 1292, con nota di Cartabia, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, ove si evidenzia che l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di incidente di costituzionalità resta aperta, quanto alla possibilità che sia la Corte ad adire i giudici di Lussemburgo, una volta che la stessa Corte costituzionale si sia qualificata giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234 del trattato (nel provvedimento non si fa peraltro menzione del precedente in cui tale qualifica era stata negata – Corte cost. 29 dicembre 1995, n. 536, *Foro it.*, 1996, I, 783 con osservazioni di Barone). Per il momento nell'ordinanza n. 103/2008 si afferma che “in tali giudizi di legittimità costituzionale, a differenza di quelli promossi in via incidentale, questa Corte è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia”, aggiungendo che “conseguentemente, ove nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 del trattato Ce, risulterebbe leso il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia Ce”. Non va dimenticato che sull'intera problematica potrebbe incidere la giurisprudenza comunitaria sulla responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento di organo giurisdizionale di ultimo grado (nel quale va annoverata anche la Corte costituzionale, com'è ormai chiaro), che ha riguardo a casi in cui il giudice nazionale si era rifiutato di sollevare la questione pregiudiziale.

rapporti con la tecnica del bilanciamento³⁷. Un segnale in questa direzione c'è nella recente pronuncia della Corte costituzionale n. 348/2007 sui rapporti fra Cedu e indennità di esproprio, nella quale, a proposito della verifica di compatibilità costituzionale delle norme della Cedu, si evidenzia che il relativo "controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, 1° comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione"³⁸. Il bilanciamento, in sede di verifica della compatibilità costituzionale della norma sovranazionale, viene così stabilito non al livello dei principi materiali, sovranazionali e nazionali, ma fra norma che impone il rispetto del vincolo derivante dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali e le altre norme aventi ad oggetto i principi costituzionali. Per spostare il bilanciamento sul piano materiale, facendovi confluire con pari dignità principi comunitari e principi nazionali, si dovrebbe in realtà accedere ad una teoria delle fonti dal punto di vista di un ordinamento integrato, la quale non sarebbe gerarchicamente orientata, come nel tradizionale ordinamento esclusivista ed auto-referenziale, ma dovrebbe collocare fonte comunitaria e fonte nazionale su un piano paritario, secondo una struttura a rete nella quale gli ordinamenti si articolano sulla base di un nesso di reciproco riconoscimento. Il circolo ermeneutico presuppone, in realtà, un circolo ordinamentale³⁹.

Sotto il profilo procedimentale è stato osservato che, innanzitutto, la norma comunitaria da sindacare non è quella del trattato (l'art. 249), e per essa la legge di esecuzione, ma la disposizione comunitaria secondaria. In secondo luogo, considerando che la tutela dei diritti fondamentali, anche in relazione alle tradizioni costituzionali degli Stati

³⁷ Ruggeri, *La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Politica del diritto*, 2007, 317 ss. (in questa ottica si valorizza l'art. 2 Cost. come norma di apertura all'integrazione del catalogo di diritti enumerati in Costituzione). La norma fondamentale delle relazioni inter-ordinamentali, il principio sui principi, sarebbe costituito dalla "ricerca e conseguente applicazione della disciplina idonea ad appagare nel modo più intenso i diritti fondamentali" (Ruggeri, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0056_ruggeri.pdf).

³⁸ Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, cit. In termini analoghi Corte cost. 18 aprile 2008, n. 109, cit., relativa alle disposizioni di attuazione della decisione quadro relativa al mandato di arresto europeo, nel dichiarare inammissibile la questione osserva che "il giudice *a quo*, nel formulare il quesito di costituzionalità, omette totalmente di esprimersi sul problema – condizionante, per sua stessa affermazione, la fondatezza o meno della questione – se la regola della previsione di termini massimi di carcerazione preventiva, che la norma denunciata mutua dall'art. 13, ultimo comma, Cost., sia o meno 'cedevole' di fronte all'obbligo di rispetto dei vincoli scaturenti dall'ordinamento comunitario e dalle convenzioni internazionali, sancito a carico del legislatore nazionale dall'art. 117 Cost."

³⁹ Rinviato sul punto nuovamente a Scoditti, *Articolare le costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato*, cit. Tornando al punto di vista della teoria delle fonti, la norma fondamentale dovrebbe essere ravvisata, in relazione al rapporto circolare fra ordinamenti in integrazione, in quella del reciproco riconoscimento, e non in quella della tutela più intensa del diritto fondamentale, che postula peraltro l'individuazione di una norma, ancora più fondamentale, di definizione del criterio della tutela più intensa (esigenza avvertita dallo stesso Ruggeri, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, cit.).

membri, è ormai patrimonio della Corte di giustizia, la violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona, rifluendo in violazione dello stesso diritto comunitario, deve essere fatta valere nel termine previsto dallo Stato membro innanzi alla Corte di giustizia nelle forme di cui all'art. 230⁴⁰. Che la questione dei controlimiti nazionali possa rientrare nel circuito comunitario trova ulteriore conferma nell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, fra l'altro, dalle costituzioni degli Stati membri, a parte il costante richiamo negli articoli della Carta alle "legislazioni e prassi nazionali". Aggiungasi l'ultimo comma dell'art. 6 del trattato UE, secondo cui l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri. Alla base vi è l'integrazione di ordinamenti che, essendo retta dalla regola del reciproco riconoscimento, implica che l'illegittimità sul piano della costituzione nazionale sia riconosciuta come illegittimità comunitaria. L'inoppugnabilità dell'atto comunitario per il governo nazionale non equivarrebbe, in realtà, a mancanza di tutela per i singoli. E qui si affaccia, nel discorso sui controlimiti, il giudice comune nazionale.

Stando alla tesi proposta, residuerebbe pur sempre il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 in ordine alla validità dell'atto dell'istituzione comunitaria, a meno che la parte processuale interessata non fosse legittimata ai sensi dell'art. 230 comma quarto ad impugnare l'atto direttamente innanzi alla corte comunitaria, per cui, scaduto il termine previsto dei due mesi, si sarebbe verificata la decadenza preclusiva anche del rinvio pregiudiziale⁴¹. In base alla giurisprudenza *Foto-Frost* il giudice nazionale non potrebbe comunque disapplicare l'atto reputandolo invalido: o applica l'atto, perché reputa infondate le censure sollevate dalle parti in ordine alla sua validità, oppure, se le ritiene fondate o rilevi esso stesso d'ufficio un dubbio in tal senso, deve disporre il rinvio alla Corte indicando i motivi per i quali ritiene che l'atto comunitario sia invalido⁴². Anche per effetto di tale giurisprudenza deve negarsi la competenza del giudice comune in ordine al rilievo della contrarietà della norma comunitaria a principio costituzionale nazionale. Questo è del resto l'orientamento della Corte costituzionale, la quale ha affermato che il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona, con riferimento ad un atto comunitario, è sindacabile solo dal giudice delle leggi, venendo peraltro in rilievo, come è stato osservato, la que-

⁴⁰ Pace, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, cit., 405 ss.

⁴¹ Corte giust. 9 marzo 1994, causa C-188/92, *Foro it.*, 1995, IV, 113 con osservazioni di Daniele.

⁴² Corte giust. 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Riv. dir. internaz.*, 1988, 674. Eccezionalmente il giudice nazionale può in via cautelare sospendere temporaneamente l'applicazione dell'atto, purché operi il rinvio alla corte comunitaria affinché si pronunci in via pregiudiziale sulla validità dell'atto medesimo (Corte giust. 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/88, *Racc.*, I-415).

stione di legittimità costituzionale della legge italiana di esecuzione del trattato, che impone il controllo accentratore di costituzionalità⁴³. In una logica cooperativa fra corti, comunque, ipotizzando che una simile questione sia sollevata, prioritaria rispetto alla pregiudiziale di costituzionalità dovrebbe essere quella comunitaria in ordine alla validità dell'atto comunitario che si assume lesivo del controlimito costituzionale, attivabile dal giudice *a quo* o dalla stessa Corte costituzionale (ipotizzando l'estensione dell'orientamento di recente assunto per il giudizio di legittimità proposto in via principale anche al processo incidentale), sul presupposto, per quanto sopra si è osservato, della rilevanza comunitaria, e non meramente nazionale, della violazione denunciata⁴⁴.

4.3. *Il giudice comune e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*

L'altro fronte sovranazionale sui diritti fondamentali per il giudice comune nazionale è quello della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per certi versi fronte principale, se si considera che anche l'esperienza comunitaria si è alimentata della Cedu per la propria elaborazione sui diritti. Anche in questo campo viene in primo piano il criterio dell'interpretazione adeguatrice. Come affermato dalla decisione *Scordino*, spetta alle autorità nazionali di interpretare e applicare il diritto nazionale in senso conforme ai principi della convenzione, ed in particolare ai criteri interpretativi elaborati dalla corte europea (ma spetta a quest'ultima verificare se si realizzano effetti conformi ai detti principi, di cui la stessa giurisprudenza della corte costituisce parte integrante)⁴⁵. Per la verità proprio il caso *Scordino* attiene ad

⁴³ Villani, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, cit., 522. Circa l'orientamento della Consulta, Corte Cost. 28 dicembre 2006, n. 454, *Foro it.*, 2007, I, 1672 con osservazioni di Calmieri (conforme è Corte cost. 13 luglio 2007, n. 284, cit.). Non condivisibile è così Cons. stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, *Foro it.*, 2008, III, 188 con osservazioni di Orofino, secondo cui se c'è violazione del controlimito nazionale il giudice comune non può procedere alla non applicazione della norma nazionale incompatibile con il diritto comunitario (nella specie si trattava di norma risultante da sentenza additiva del giudice delle leggi – fra i molti commenti critici alla decisione, Pizzorusso, *La giustizia costituzionale italiana e il processo di integrazione europea*, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/pizzorusso.html>).

⁴⁴ Scrive Tizzano, *Ancora sui rapporti tra corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, cit., 486, che è difficile "immaginare che una corte nazionale possa dubitare della costituzionalità di una norma comunitaria perché in supposto contrasto con un fondamentale principio nazionale, senza previamente verificare se non sia possibile ricostruire anche a livello comunitario un principio in qualche modo equivalente o compatibile con quello evocato in sede nazionale, alla luce del quale apprezzare anzitutto la legittimità comunitaria della norma contestata". Per la priorità logico-giuridica della pregiudiziale comunitaria rispetto alla pregiudiziale costituzionale non solo quando sia in discussione la compatibilità di una norma nazionale con il diritto comunitario, ma anche nell'ipotesi di conflitto tra una disposizione comunitaria e i principi fondamentali costituzionali, Villani, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, *ibidem*, 524 ss.

⁴⁵ Corte eur. diritti dell'uomo 27 marzo 2003, *id.*, 2003, IV, 361 con osservazioni di Gallo.

una vicenda, quella della cosiddetta occupazione appropriativa, nella quale grande è stata la distanza fra la giurisprudenza di Strasburgo e quella nazionale. Nel caso *Scordino* è stata ritenuta incompatibile con l'art. 1 del protocollo addizionale della convenzione europea ogni ipotesi di "espropriazione indiretta", la sottrazione cioè di un bene da parte dell'amministrazione senza rispettare i canoni del principio di legalità (ossia in mancanza di un regolare provvedimento di esproprio). La risposta della giurisprudenza nazionale, alla richiesta di legalità quanto all'ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio del diritto al bene, pur riconoscendo l'insostituibilità del contributo interpretativo delle norme Cedu fornito dalla corte europea, è stata nel segno della compatibilità dell'istituto dell'occupazione appropriativa con la normativa convenzionale. Se principio di legalità significa l'esistenza di norme di diritto interno sufficientemente accessibili, precise e prevedibili, la disciplina in discorso, secondo la giurisprudenza di legittimità, ha ormai acquistato tali caratteri⁴⁶. La Corte costituzionale, da ultimo, con la sentenza n. 349 del 2007, su cui a breve, si è avvalsa dei parametri della giurisprudenza di Strasburgo per censurare, dal punto di vista del combinato disposto degli artt. 117 Cost. e 1 del protocollo addizionale, la norma interna che non prevede per il caso di occupazione acquisitiva il ristoro integrale del danno. Nella sentenza la corte richiama l'orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui l'accessione invertita realizza un modo di acquisto della proprietà giustificato da un bilanciamento fra interesse pubblico (correlato alla conservazione dell'opera pubblica) e interesse privato (correlato alla riparazione del pregiudizio sofferto dal proprietario), costituzionalmente cor-

⁴⁶ Cass. 11 giugno 2004, n. 11096, *id.*, 2005, I, 466 con osservazioni di Marzano; 6 maggio 2003, n. 6853, *ibidem*, I, 2368; 14 aprile 2003, n. 5902, *Giur. it.*, 2004, 169. È da segnalare Cass. 19 dicembre 2007, n. 26732 (*Nuova giur. civ.*, 2008, I, 861 con nota di Nasini, *Le sezioni unite intervengono sull'ambito di applicazione dell'art. 43 d.p.r. 8.6.2001 n. 327: problemi di giurisdizione e procedurali*) che, pur nell'ambito di una pronuncia sulla giurisdizione, con riferimento alla questione dell'applicazione retroattiva dell'art. 43 t.u. in materia di espropriazione per pubblica utilità (in base al quale "valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni"), osserva che, considerato che "nel precludere la restituzione di un bene occupato in assoluta via di fatto, l'istituto dell'acquisizione sanante mal si concilia con i principi di cui all'art. 1, all. 1, alla convenzione europea" secondo la giurisprudenza *Scordino*, si potrebbe prospettare un dubbio di legittimità costituzionale del nuovo istituto in base alle disposizioni della convenzione, come norme interposte nel sindacato di legittimità. A questa pronuncia ha fatto seguito Cass. 28 luglio 2008, n. 20543, *Corr. giur.*, 2008, 1531 con nota di Conti, *Sugli espropri la prescrizione si avvicina a Strasburgo*, che, puntando esplicitamente ad una giurisprudenza conforme agli orientamenti di Strasburgo, esclude l'applicazione retroattiva dell'art. 43 ed afferma il principio che "in mancanza di regole sufficientemente chiare, accessibili, prevedibili, non possono porsi a carico del proprietario di un immobile irreversibilmente trasformato dalla pubblica amministrazione in assenza di decreto di esproprio, le conseguenze derivanti dalla connotazione dell'istituto dell'occupazione appropriativa come illecito istantaneo ad effetti permanenti, sicché il termine quinquennale della prescrizione, per le azioni risarcitorie del danno da occupazione appropriativa anteriori all'entrata in vigore della L. n. 458 del 1988, che contiene il primo riconoscimento dell'istituto, può decorrere dall'entrata in vigore di quest'ultima (3.11.1988)".

retto perché ispirato al principio della funzione sociale della proprietà⁴⁷, ma precisa subito che l'entità della liquidazione del danno non può prescindere dall'adeguatezza della tutela risarcitoria, sviluppando poi un *excursus* sulla giurisprudenza di Strasburgo sulla misura dell'indennizzo coerente alla norma convenzionale.

Diversa è stata l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, con riferimento alla l. n. 89 del 2001 ed al diritto alla ragionevole durata del processo. Le sezioni unite della Cassazione hanno qualificato fatto costitutivo del diritto all'indennizzo attribuito dalla legge nazionale l'art. 6 della convenzione (diritto ad un processo equo e di durata ragionevole), e non la norma nazionale, la quale ha solo introdotto il rimedio giurisdizionale interno contro le violazioni relative alla durata dei processi, in modo da realizzare la sussidiarietà dell'intervento della Corte di Strasburgo (ai sensi dell'art. 35 Cedu, la corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne – prima dell'introduzione del rimedio interno, l'unico rimedio era quello europeo)⁴⁸. Poiché il fatto costitutivo è integrato dalla violazione della norma convenzionale, spetta al giudice della Cedu, affermano le sezioni unite, individuare tutti gli elementi di tale fatto giuridico, che pertanto finisce con l'essere "conformato" dalla Corte di Strasburgo, la cui giurisprudenza si impone così ai giudici italiani. Il diritto vivente in ordine ai diritti sanciti dalla Cedu è elaborato dal giudice europeo, istituito proprio per il rispetto delle disposizioni convenzionali, a prescindere dalla stessa "forza vincolante" della sentenza definitiva per lo Stato che è parte della controversia ai sensi dell'art. 46 della convenzione. Sulla base della premessa che il diritto è da reputare sussistente anche prima dell'entrata in vigore della legge italiana, in forza della natura immediatamente precettiva delle norme convenzionali, la Cassazione ha riconosciuto il diritto all'equa riparazione anche con riferimento ad un giudizio, del quale si lamentava la non ragionevole durata, introdotto nel periodo antecedente all'entrata in vigore della l. n. 89/2001⁴⁹. Nell'ultima pronuncia si richiama un passaggio di una sentenza del 2002, nella quale, disattendendosi l'istanza di rinvio pregiudiziale alla corte comunitaria con riferimento alle disposizioni della Cedu, si sottolinea che al giudice nazionale spetta l'eventuale applicazione diretta della norma della convenzione sulla protezione della proprietà, ed ove ravvisi un contrasto con la disciplina nazionale, è tenuto a dare prevalenza alla norma pattizia, dotata di immediata precettività rispetto al caso concreto, disapplicando la norma interna⁵⁰.

⁴⁷ Si tratta di Corte cost. 23 maggio 1985, n. 188, *Foro it.*, 1996, I, 464 e 31 luglio 1990, n. 384, *id.*, 1992, I, 1073 con nota di Benini, *Il riconoscimento legislativo dell'occupazione appropriativa*.

⁴⁸ Cass. 26 gennaio 2004, n. 1340 e 26 gennaio 2004, n. 1338, *id.*, 2004, I, 693 con osservazioni di Gallo.

⁴⁹ Cass. 23 dicembre 2005, n. 28507, *id.*, 2006, I, 1423.

⁵⁰ Cass. 19 luglio 2002, n. 10542, *id.*, 2002, I, 2606 con osservazioni di Fuzio. Il riconoscimento dell'immediata applicazione delle norme della convenzione è risalente nella giurisprudenza di legittimità. Le sezioni unite penali, in una pronuncia del 1988 (Cass. 23 novembre 1988, Polo Castro, *Cass. pen.*, 1989, 1418),

È in questo contesto ermeneutico che intervengono le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007⁵¹. Le posizioni giuridiche dei singoli, sottolinea la Consulta, non sono immediatamente riconducibili alla Cedu, richiedendo il diaframma normativo dello Stato di appartenenza. Il principio che si afferma è che, non trovando la Cedu fondamento nell'art. 11 Cost. (a mente del quale l'Italia consente in condizioni di parità con gli altri Stati alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni), base tecnica del potere di non applicazione delle norme interne, non è consentito al giudice comune disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma Cedu. L'asserita incompatibilità si traduce in una questione di legittimità costituzionale per eventuale violazione dell'art. 117 primo comma Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi, rilevando la norma Cedu come norma interposta (previa verifica della stessa compatibilità costituzionale di quest'ultima), sempre che non sia possibile interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, avendo riguardo a questo proposito all'interpretazione attribuita a quest'ultima dalla Corte europea. Suc-

sposando uno dei due indirizzi che si erano formati al livello di sezioni semplici (in particolare quello di Cass. 20 aprile 1982, Bonfanti, *Riv. pen.*, 1983, 543) affermano l'immediata applicabilità della convenzione, salvo che per quelle disposizioni il cui contenuto sia così generico da non delineare una fattispecie sufficientemente puntualizzata. Successivamente sempre le sezioni unite, stavolta con riferimento al giudizio disciplinare innanzi al Consiglio superiore della magistratura, hanno riconosciuto l'immediata applicabilità dell'art. 6 della convenzione disapplicando la norma interna (Cass. 10 luglio 1991, n. 7662, *Giust. civ.*, 1992, I, 742, ove si parla peraltro di "efficacia abrogativa" della norma interna). Cass. 8 luglio 1998, n. 26732 (*id.*, 1999, I, 498), escludendo il carattere meramente programmatico della convenzione, ha riconosciuto che le sue norme, una volta introdotte nell'ordinamento interno, sono fonti di diritti e di obblighi per tutti i soggetti. Infine Trib. Genova 4 giugno 2001, *Foro it.*, 2001, I, 2653 ha fondato espressamente l'immediata applicazione delle norme della Convenzione, con disapplicazione della norma interna incompatibile, sull'art. 11 Cost., utilizzando il medesimo meccanismo del primato comunitario. Si veda anche Guazzarotti, *I giudici comuni e la Cedu alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2003, I, 25 ss.

⁵¹ Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349 e 24 ottobre 2007, n. 348, cit., con le quali è stata dichiarata, sulla base del contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del protocollo addizionale della Cedu sul diritto di proprietà, e perciò in violazione dell'art. 117 comma primo Cost., l'incostituzionalità dell'art. 5 bis d.l. n. 333 del 1992 sia nella parte in cui non prevede, per il caso di occupazione acquisitiva, il ristoro integrale del danno subito dal proprietario dell'immobile, sia nella parte in cui stabilisce un criterio di calcolo dell'indennità di esproprio non in "ragionevole legame" con il valore di mercato dell'immobile espropriato. La sentenza n. 349/2007 evidenzia che è rimasta senza seguito Corte cost. 19 gennaio 1993, n. 10 (*Foro it.*, 1993, I, 1374), di frequente richiamata dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui le norme Cedu deriverebbero da "una fonte riconducibile a una competenza atipica" e come tali sarebbero "insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria". Successivamente Corte cost. 27 febbraio 2008, n. 39, *Il fallimento*, 2008, 404 con nota di Conti, *Il registro del fallito cade sotto la scure della Consulta (grazie alla Cedu)*, richiamando le precedenti n. 348 e n. 349 del 2007, nonché le numerose pronunce della Corte di Strasburgo che hanno ritenuto la legge italiana in questione lesiva dei diritti della persona, ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 50 e 142 della legge fallimentare (nel testo precedente al d. leg. n. 5 del 2006), in relazione tuttavia all'art. 3 Cost., nella parte in cui stabiliscono che le incapacità del fallito perdurano oltre la chiusura della procedura concorsuale.

cessivamente la Corte di cassazione si è adeguata all'indirizzo del giudice costituzionale: non può darsi diretta applicazione alla norma convenzionale con disapplicazione di quella nazionale, e nel caso di contrasto, previo tentativo di interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte europea, dovrà sollevarsi l'incidente di costituzionalità⁵².

La prospettiva di applicazione della Cedu per il giudice comune resta dunque confinata nell'ambito dell'interpretazione adeguatrice. Anche in tali confini i risultati possono essere notevoli, come dimostra la giurisprudenza di legittimità sul giudicato penale nei casi di accertamento da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo di condanna in violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della convenzione, e di riconoscimento del diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio. Nel caso *Somogyi* la Corte di cassazione ha rilevato che l'autorità del giudicato nazionale non rappresenta un ostacolo all'accoglimento dell'istanza di *restitutio in integrum*, in relazione al carattere non equo del processo celebrato *in absentia*, perché per principio la sentenza della corte di Strasburgo entra in collisione con il giudicato. Dovendosi il giudice nazionale conformare alla giurisprudenza di Strasburgo, il procedimento penale, nonostante il giudicato, va riaperto, e lo strumento idoneo al riguardo è l'art. 175 c.p.p. (non potendosi desumere la prova della conoscenza effettiva del procedimento e del provvedimento da parte del condannato dalla mera notifica dell'estratto contumaciale al difensore d'ufficio, a meno che la prova della conoscenza non risulti *aliunde*)⁵³. Nel successivo caso *Dorigo* il giudice di legittimità, sulla base dell'interpretazione adeguatrice dell'art. 670 c.p.p. (*Questioni sul titolo esecutivo*), ha ritenuto che il giudice dell'esecuzione deve dichiarare l'ineseguitività del giudicato. Ha affermato la corte che il diritto alla rinnovazione del giudizio, sorto per effetto della sentenza di Strasburgo, è incompatibile con la persistente efficacia del giudicato, che resta così neutralizzato sino a quando non si forma un'altra decisione irrevocabile a conclusione del nuovo processo⁵⁴. Da ultimo nel caso *Dras-*

⁵² Cass. 3 gennaio 2008, n. 14, *Foro it.*, 2008, I, 1469 con nota di Masera, *Ragionevole durata del processo tra Corte europea dei diritti dell'uomo, Cassazione e Corte costituzionale*; 11 marzo 2009, n. 5894, inedita. Si è pertanto affermato che in tema di equa riparazione per durata irragionevole del processo, ai fini della liquidazione dell'indennizzo non deve aversi riguardo ad ogni anno di durata del processo, ma soltanto al periodo eccedente il termine ragionevole di durata, dovendo darsi applicazione alla legge dello Stato, e cioè all'art. 2, comma terzo, lett. a) l. 89/01. È appena il caso di osservare che non potrebbe di per sé la prospettata adesione dell'Unione europea alla convenzione consentire l'applicazione diretta di quest'ultima (che comunque resterebbe confinata all'area di competenza dell'Unione), in quanto implicherebbe solo la sottoposizione dell'Unione al sistema Cedu (mentre attualmente la responsabilità ricade sugli Stati membri aderenti alla convenzione).

⁵³ Cass. 12 luglio 2006, *Somogyi*, *id.*, 2007, II, 286 con osservazioni di Gandini.

⁵⁴ Cass. 1 dicembre 2006, *Dorigo*, *id.*, 2007, II, 278. Per sua parte la Corte costituzionale ha disatteso la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630, primo comma, lett. a) c.p.p., nella parte in cui esclude dai casi di revisione l'impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza della Corte europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo, per il riferimento dell'istituto della revisione all'incompatibilità fra i fatti apprezzati nella loro dimensione storico-

sich veniva in rilievo una condanna di Strasburgo per giudicato in violazione dell'art. 6 della convenzione per riquilificazione *ex officio* del fatto nei termini di un più grave reato, precludendo così l'estinzione del reato per prescrizione riferibile all'originario *nomen iuris*, senza informare l'interessato del contenuto dell'accusa elevata contro di lui e senza permettergli di difendersi. La Corte di cassazione ha interpretato l'art. 521 c.p.p. sulla possibilità per il giudice di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione in modo conforme alla disposizione convenzionale, così come interpretata dalla Corte europea, nel senso che di tale eventualità il giudice deve dare previa informazione all'imputato ed al suo difensore, ed ha individuato nell'applicazione analogica dell'art. 625 *bis* c.p.p. sul ricorso straordinario per errore materiale o di fatto il rimedio per procedere alla revoca del solo capo della sentenza di legittimità con cui non era stata attuata la regola violata, senza necessità di disporre un nuovo giudizio di merito e limitando la nuova trattazione del ricorso al punto della diversa definizione giuridica del fatto⁵⁵.

La centralità della sfera interpretativa, e la conseguente necessità del raccordo alla giurisprudenza della Corte europea, ha posto il problema dell'eventuale recezione del meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 trattato Ce nell'ambito del rapporto fra giudici nazionali e Corte Cedu. Come precisato dalla stessa sentenza n. 349/2007 della Corte costituzionale, rispetto alla generalità degli accordi internazionali, affidati all'interpretazione delle parti contraenti, nel caso della Convenzione sussiste un'interpretazione centralizzata attribuita alla Corte europea, alla stessa stregua di quanto accade per l'esperienza comunitaria. In occasione dell'incontro di Varsavia del

naturalistica (Corte cost. 30 aprile 2008, n. 129, *id.*, 2009, I, 103 e 621 con nota di Campanelli, *La sentenza 129/08 della Corte costituzionale e il valore delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: dalla ragionevole durata alla ragionevole revisione del processo*).

⁵⁵ Cass. 12 novembre 2008, Drassich, *id.*, 2009, I, 65. Sulla questione del giudicato, con riferimento però all'ordinamento comunitario, va ricordato che il giudice nazionale è tenuto a non applicare l'art. 2909 c.c., che sancisce il principio dell'autorità della cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale norma impedisca il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva (Corte giust. 18 luglio 2007, causa C-119/05, *id.*, 2007, IV, 533 con nota di Scoditti, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*). Si noti che, in base all'ultimo comma dell'art. 68 del trattato Ce, la decisione pronunciata dalla Corte di giustizia in risposta ad una richiesta del Consiglio, della Commissione o di uno Stato membro di interpretazione del titolo del trattato su visti, asilo, immigrazione e politiche connesse con la libera circolazione delle persone, o sugli atti della relativa normazione secondaria, non si applica alle sentenze degli organi giurisdizionali degli Stati membri passate in giudicato. La mancanza di analoga previsione nell'ambito dell'ordinario rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 consente di concepire l'irrilevanza del giudicato nel caso di sentenza della Corte sulla pertinente disposizione comunitaria. Con l'ordinanza 21 dicembre 2007 n. 26996 (*Giur.it.*, 2008, 1025, con nota di Tesauro, *Divieto comunitario di abuso del diritto - fiscale - e vincolo da giudicato esterno incompatibile con il diritto comunitario*) la Corte di cassazione ha sollevato rinvio pregiudiziale circa la non applicabilità dell'art. 2909 se ne derivi contrasto con il diritto comunitario, ed in particolare in materia di i.v.a. e di abuso di diritto posto in essere per conseguire indebiti risparmi d'imposta.

16 e 17 maggio 2005 è stato nominato un gruppo di saggi, il quale ha evidenziato come non sia agevole il coordinamento del rinvio pregiudiziale con la regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interno prima dell'intervento della Corte europea di cui all'art. 35 della Convenzione. Inoltre l'opinione espressa dalla Corte di Strasburgo non avrebbe la stessa efficacia di quella resa dalla Corte di giustizia⁵⁶.

Nella dottrina si tende a rinvenire nell'art. 11 Cost. il fondamento per l'ordinamento interno della Cedu. Il sistema della Convenzione integrerebbe una limitazione di sovranità, necessaria ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni, come dimostrano il primato interpretativo della Corte di Strasburgo sulle corti nazionali e la stessa incidenza dei diritti fondamentali della Cedu sulle libertà comunitarie⁵⁷. Se si ravvisa nell'art. 11 la base costituzionale dell'ingresso della Cedu nel sistema nazionale, dovrebbe coerentemente farsi discendere, così come per il diritto comunitario, l'immediata applicabilità delle sue norme nei procedimenti giurisdizionali, anche mediante la non applicazione della norma interna (secondo quanto affermato dall'indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato). Considerando che la convenzione è un sistema normativo di diritti fondamentali, con il relativo rimedio di tutela, si arriverebbe alla stessa conclusione del caso *Mangold* per il diritto comunitario, e cioè la disapplicazione della disposizione nazionale contraria a principi generali del diritto (fonte in cui confluisce il patrimonio dei diritti fondamentali). Siamo tornati così al problema da cui eravamo partiti, la posizione del giudice comune nazionale di fronte ai diritti fondamentali di origine sovranazionale.

4.4. *Giudice comune e diritti fondamentali di origine comunitaria*

Nella revisione di Lisbona del trattato il primato del diritto comunitario ha trovato posto solo in una dichiarazione allegata all'atto finale. Riportando il parere del servizio giuridico del Consiglio, si riconosce che la preminenza del diritto comuni-

⁵⁶ Per un resoconto delle conclusioni del gruppo dei saggi, Conti, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti Cedu: prima fermata verso Starsburgo*, in *Corr. giur.*, 2008, 213 ss. Nel senso dell'inammissibilità dell'istanza di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 per la risoluzione di questioni di interpretazione della Cedu, Cass. 19 luglio 2002, n. 10542, cit.; conforme Cass. 22 marzo 2007, n. 6978, *Foro it.*, Rep. 2007, voce cit., n. 1368 (per le ragioni prospettate nella nota 52 il quadro non dovrebbe cambiare con la prospettata adesione dell'Unione europea alla convenzione). Nel protocollo n. 14 alla convenzione sottoscritto il 13 maggio 2004, ratificato dall'Italia con l. n. 280 del 2005, si riformula l'art. 46 Cedu prevedendo, fra l'altro, che se il controllo dell'esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolato da una difficoltà d'interpretazione di tale sentenza, il comitato dei ministri (che vigila sull'esecuzione) può adire la corte affinché si pronunci su tale questione d'interpretazione.

⁵⁷ Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, relazione all'incontro di studio su *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, organizzato dal Consiglio superiore della magistratura, Roma 28 febbraio – 2 marzo 2007; Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 201 ss.; Conti, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti Cedu: prima fermata verso Starsburgo*, cit., 209 ss.

tario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Il riferimento all'elaborazione comunitaria dei diritti fondamentali, ed in prospettiva l'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dello stesso valore giuridico dei trattati, consente di ipotizzare, peraltro in continuità alla giurisprudenza *Mangold*, una non applicazione della norma interna in forza del diritto fondamentale inerente al sistema comunitario. L'ipotesi che si affaccia è quella di un controllo di comunitarietà diffuso del diritto nazionale, naturalmente nei limiti delle competenze comunitarie, ma anche oltre, se si ha riguardo a quella giurisprudenza della corte comunitaria (e segnatamente il caso *K.B.* del 7 gennaio 2004, C-117/2001, ed il caso *Richards* del 26 aprile 2006, C-423/2004 sulla legge inglese che non consentiva la registrazione all'anagrafe del mutamento di sesso) che collega la violazione del principio di non discriminazione non ad una disciplina nazionale rientrante nell'area di competenza comunitaria, ma alla legislazione che, estranea all'area comunitaria, incide su una delle condizioni di godimento del diritto tutelato dall'ordinamento comunitario⁵⁸. Di recente sono stati prospettati i rischi di una evoluzione della cosiddetta "tutela multilivello" dei diritti sotto il profilo dei rapporti fra carte sovranazionali e costituzioni nazionali e delle sovrapposizioni fra controllo affidato alla magistratura comune e corti costituzionali⁵⁹.

I problemi che si aprono non attengono tanto ai possibili rischi di sovrapposizione fra controllo accentrato e controllo diffuso. In linea di principio non può escludersi il concorso fra un controllo di comunitarietà diffuso della norma nazionale, sotto il profilo della compatibilità al diritto fondamentale comunitario, mediante la tecnica del primato, affidato al giudice comune, con accertamento incidentale in relazione alla singola controversia (e l'eventuale formazione al riguardo di un diritto vivente sancito dalla giurisprudenza di legittimità, ma sempre con accertamento incidentale e non invalidante la norma), ed il controllo accentrato affidato alla Corte costituzionale, nel corso del quale il diritto fondamentale comunitario diventa il parametro interposto. Finché non intervenga la sentenza di incostituzionalità, il giudice comune potrebbe fare applicazione del principio del primato del diritto

⁵⁸ Si veda al riguardo Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., 51 ss. Nel senso della diretta applicabilità della Carta dei diritti fondamentali, con un sindacato diffuso da parte dei giudici comuni sulla legge, nei limiti delle disposizioni auto-applicative, è Spadaro, *Verso la costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, in Pizzorusso-Romboli-Ruggeri-Saitta-Silvestri (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, 148 ss.; Cartabia, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, *ibidem*, 216, precisa che è possibile la diretta applicazione da parte dei giudici nazionali eccezionalmente, nei casi di normative nazionali adottate in applicazione di diritto comunitario e per violazioni di disposizioni della Carta dotate di effetti diretti.

⁵⁹ De Siervo, *Introduzione generale*, relazione al convegno *Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati integrati d'Europa*, Bari 29-30 aprile 2009.

comunitario; ove poi intervenga una pronuncia del giudice delle leggi, i suoi effetti *erga omnes*, con la definitiva espunzione dall'ordinamento della norma incompatibile, toglierebbero ogni spazio alla non applicazione da parte del medesimo giudice comune. Non può sfuggire, peraltro, che in talune circostanze la reversibilità del controllo diffuso, a seguito di un mutamento d'indirizzo in ordine alla valutazione di compatibilità comunitaria, può essere reputata più adeguata alle esigenze evolutive dell'ordinamento rispetto alla definitività del controllo accentrato, che invece soddisfa la diversa esigenza di certezza del diritto e la funzione di chiusura dell'ordinamento⁶⁰. Dunque, controllo diffuso (*inter partes*) e controllo accentrato (*erga omnes*) potrebbero astrattamente coesistere. Ciò che viene in gioco, in realtà, è la stessa esistenza in capo al giudice comune del potere di disapplicazione. Perché se il potere non c'è, un giudicato formatosi mediante la disapplicazione della norma pertinente può essere addirittura valutato in determinate circostanze come presupposto per l'instaurazione da parte del Parlamento di un conflitto di attribuzioni davanti alla Corte costituzionale, come in passato è stato ritenuto in dottrina⁶¹. È ipotizzabile che la formazione di un diritto vivente connotato dalla disapplicazione di una disposizione legislativa in carenza del relativo potere venga considerata come esercizio di funzioni di produzione normativa o menomazione dell'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento. Che i sistemi multilivello siano poi, di per se stessi, sistemi instabili e multiformi, che possono portare a frizioni fra i soggetti chiamati a tutelare i diritti, nell'ambito di un pluralismo giuridico che richiama l'antico ordine medievale⁶², è un'osservazione sociologica che non tocca la questione giuridica di quale sia l'effetto sul piano dell'ordinamento giuridico, e cioè quale sia il diritto.

⁶⁰ Sull'astratta possibilità di mutamenti d'indirizzo, anche rispetto a legge giudicata incostituzionale, nei sistemi di controllo diffuso di costituzionalità, come quello statunitense, sia pure per opera della sola *Supreme Court*, stante il vincolo del precedente della più alta corte derivante dalla regola dello *stare decisis*, Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1979, 65 ss. All'epoca della commissione parlamentare per la riforma costituzionale di cui alla l. n. 1 del 1997, nell'ambito di un fascicolo monografico di *Democrazia e diritto* (n. 1/1997), e segnatamente in Scoditti, *Riforma costituzionale e giurisprudizione*, ivi, 1 ss., fu ipotizzata la modifica dell'art. 101 Cost. nel senso "i giudici sono soggetti soltanto alla costituzione". La conseguenza di tale revisione costituzionale sarebbe stata l'introduzione in Italia di un controllo di costituzionalità diffuso affidato ai giudici comuni (con la previsione tuttavia per legge ordinaria dell'efficacia vincolante del precedente delle sezioni unite della Cassazione, superabile solo dalle stesse sezioni unite); la Corte costituzionale, mantenendo il controllo accentrato in via incidentale, allo scopo della definitiva espunzione della norma censurata dall'ordinamento, avrebbe concentrato la sua attività sul giudizio di legittimità costituzionale in via principale e sul conflitto di attribuzioni (a parte le altre competenze, come il giudizio sull'ammissibilità dei referendum abrogativi).

⁶¹ Manetti, *Abuso del potere interpretativo da parte del giudice e del legislatore: un'occasione mancata per un conflitto di attribuzione*, in *Giur. cost.*, 1984, I, 2326 ss.

⁶² Pizzetti, *La tutela dei diritti nei livelli sostanziali*, in Bilancia-De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, cit., 194 e Pizzetti, *Profili problematici di un sistema di tutela multi-livello del diritto di associazione*, *ibidem*, 279 ss.

La nozione chiave resta quella di effetto diretto, ed allo stato il caso *Mangold* non sembra consentire diverse conclusioni. È l'effetto diretto che delimita l'ambito di diretta tutela giudiziale del diritto di origine comunitaria, anche mediante la non applicazione della norma interna. Com'è noto dell'effetto diretto sono dotate tutte le disposizioni comunitarie che siano sufficientemente chiare e precise, e la cui applicazione non richieda l'emanazione di ulteriori atti comunitari o nazionali⁶³. Tale effetto è configurabile anche per talune disposizioni su diritti che concretizzano principi fondamentali dell'ordinamento comunitario. Le norme del trattato Ce sul diritto di libera circolazione dei lavoratori all'interno della comunità (art. 39) e sulla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro (art. 43), sono provviste secondo la giurisprudenza comunitaria di effetto diretto⁶⁴. Tale effetto non è limitato alle disposizioni afferenti alla disciplina del mercato comune, ma anche ad una disposizione come l'art. 18, che riconosce il diritto di circolazione e di soggiorno come non più legato allo svolgimento di un'attività economica, ma quale manifestazione della "cittadinanza dell'Unione"⁶⁵. Si tratta di diritti espressione di un principio fondamentale, quello del divieto di discriminazione in base alla nazionalità (art. 12)⁶⁶.

Laddove la norma sul diritto non sia condizionata per la sua applicazione ad alcun ulteriore atto comunitario o nazionale, ricorrono i presupposti per la preminenza della disposizione comunitaria rispetto alla disciplina nazionale. Entro il limite dell'effetto diretto, il giudice comune può, in settore di competenza comunitaria, fare diretta applicazione della norma sul diritto, anche in mancanza della disciplina, comunitaria o nazionale, di dettaglio, non applicando la disciplina nazionale. Trattandosi di disposizione sufficientemente chiara e precisa da essere suscettibile di applicazione immediata, e non di disposizione a struttura di principio, l'attuazione giudiziale della norma comunitaria su diritti non è equiparabile a quella che si verifica nell'ambito del diritto interno nei casi di carenza di una specifica disciplina legislativa, in cui il giudice ricostruisce la regola mediante disposizioni recanti principi (costituzionali)⁶⁷. L'attività di bilanciamento di principi non è conciliabile con le

⁶³ Mentre la "diretta applicabilità" è una qualità di determinati atti comunitari, ed è definita dal legislatore (si veda l'art. 249 del trattato in ordine al regolamento), l'"effetto diretto" riguarda le norme, ed è una nozione definita dall'interprete (Bin-Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2001, 389 ss.).

⁶⁴ Corte giust. 26 gennaio 1999, causa C-18/95, *Racc.*, I-345.

⁶⁵ Corte giust. 17 settembre 2002, causa C-413/99, *id.*, I-7091.

⁶⁶ Tesaurò, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, 475 ss.

⁶⁷ Si riconosce nella giurisprudenza costituzionale che in situazioni di carenza legislativa spetta al giudice della causa individuare un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti (Corte cost. 5 febbraio 1998, n. 11, *Foro it.*, 1998, I, 996; 26 settembre 1998, n. 347, *id.*, 1998, I, 3042 con osservazioni di Romboli). A questa giurisprudenza si è ispirata la Corte di cassazione nel noto caso *Englaro* per la definizione della regola di giudizio, attingendo in sede interpretativa ad una pluralità di fonti, anche sovranazionali, e fra

caratteristiche dell'effetto diretto, il quale presuppone il carattere auto-applicativo della norma. Può dunque affermarsi che l'applicazione immediata di un diritto fondamentale di origine comunitaria (in settore, s'intende, di competenza comunitaria) è consentita al giudice comune nei limiti in cui non discenda da un previo bilanciamento fra principi, cui vi provveda il giudice medesimo, ma direttamente dalla disposizione comunitaria, strutturata in modo tale da consentire una completa disciplina della fattispecie⁶⁸. In tali limiti è consentito al giudice comune non applicare la norma interna contrastante con il diritto del singolo.

Date queste premesse, il caso *Mangold* non va sopravvalutato. La non applicazione della norma interna contrastante con un principio generale del diritto comunitario (alla base della direttiva, ma non sancito come tale dalla stessa) rispondeva all'esigenza di non pregiudicare il risultato della direttiva in pendenza del termine per la sua trasposizione, e dunque non rispondeva ad un puntuale contrasto fra norma e principio, ma si inscriveva nella più generale necessità di salvaguardare il risultato della direttiva. Il *dictum* dei giudici di Lussemburgo va quindi contestualizzato. Anche la problematica in discorso è istruttiva di come debba procedere il dialogo fra le giurisdizioni. Le sentenze della corte comunitaria vanno a loro volta interpretate, ed un dialogo presuppone un processo di ascolto e traduzione, di comprensione reale del messaggio che si riceve.

queste, la convenzione di Oviedo del consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e della biomedicina, non ancora ratificata dallo Stato italiano, ma costituente tuttavia parametro per un'interpretazione conforme delle norme interne (Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, *id.*, 2007, I, 3025 con osservazioni di Casaburi; la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il conflitto di attribuzioni sollevato dal Parlamento non ravvisando nei provvedimenti della Corte di cassazione e della Corte d'appello di Milano l'esercizio di funzioni di produzione normativa o la menomazione dell'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento – Corte cost. 8 ottobre 2008, n. 334, *id.*, 2009, I, 35 e 983 con note di Casaburi, *Autodeterminazione del paziente, terapie e trattamenti sanitari "salvavita"*, Romboli, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, e Caponi-Proto Pisani, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, che scrivono: "Il ricorso è inammissibile, poiché, come si è già detto, in presenza di un caso non regolato, il divieto di denegare giustizia impone al giudice di individuare una disciplina giuridica della fattispecie"). Nella stessa direzione interpretativa, con pronuncia assai recente (Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, inedita), è stata riconosciuta l'autonomia soggettività giuridica del nascituro o concepito, e dunque l'obbligo del sanitario di risarcirlo per la violazione del diritto a nascere sano per mancata osservanza del dovere sia di una corretta informazione in ordine alla terapia prescritta alla madre (con effetti protettivi sul nascituro) sia di non somministrare farmaci dannosi per il nascituro stesso.

⁶⁸ Si noti l'argomento adoperato dalle sezioni unite penali nel 1988 (Cass. 23 novembre 1988, Polo Castro, cit.) per affermare l'immediata applicabilità delle disposizioni della Cedu: in base al principio di adattamento del diritto italiano al diritto internazionale convenzionale, se l'atto o il fatto normativo internazionale contiene il modello di un atto interno completo nei suoi elementi essenziali, tale cioè da poter senz'altro creare obblighi e diritti, l'adozione interna del modello di origine internazionale è automatica; ove invece l'atto internazionale non contenga detto modello, non sia quindi *self-executing*, le situazioni giuridiche interne da esso imposto richiedono, perché si realizzino, una specifica attività normativa dello Stato. Quanto alle sentenze della Corte di giustizia, esse hanno la stessa efficacia della norma interpretata, sicché i loro *dicta* non sono suscettibili di diretta efficacia se tale qualità manca alla norma oggetto di interpretazione.

Quanto osservato in ordine alla precettività delle norme su diritti corrisponde alla logica che ispira la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, come si evince dal quinto paragrafo dell'art. 52 ("Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi adottati istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti."). Per l'interpretazione della disposizione, come peraltro prescritto dal settimo paragrafo dello stesso art. 52 ("I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta."), deve farsi riferimento alle "spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali" elaborate dal *praesidium* della Convenzione europea⁶⁹. Si legge nelle "spiegazioni" che la disposizione chiarisce la distinzione fra diritti e principi sanciti dalla Carta, in base alla quale i diritti sono rispettati, mentre i principi sono osservati (art. 51, primo paragrafo); i principi non danno adito a pretese dirette per azioni positive da parte dell'Unione o degli Stati membri, conformemente, si afferma, alla giurisprudenza comunitaria ed alla prassi costituzionale degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale. Le "spiegazioni" citano come esempi di principi gli articoli 25, 26 e 37, mentre articoli come 23, 33 e 34 contengono elementi sia di un diritto sia di un principio. Si prenda ad esempio l'art. 33: "1. È garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale. 2. Al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio". Se nel primo paragrafo è agevole cogliere l'enunciazione di un principio, nel secondo paragrafo possono essere ravvisati gli elementi di un diritto, che, alla stregua di quanto si può evincere dall'art. 52, può ricevere tutela giudiziale anche mediante la non applicazione della norma nazionale. In ogni caso l'attuazione di diritti sanciti dalla Carta è circoscritta ai settori di competenza dell'ordinamento dell'Unione, sia sulla base di quanto chiaramente previsto dalla stessa Carta⁷⁰, sia per la portata dello stesso principio del primato del diritto comunitario.

⁶⁹ Sulle "spiegazioni" Sciarabba, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sopranazionali*, Padova, 2008, 229 ss.

⁷⁰ Art. 51. 2.: "La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati". Art. 52. 2.: "I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti".

Restando per il momento al diritto vigente, è ipotizzabile in ordine ai diritti fondamentali, limitatamente ai settori di competenza comunitaria, la diretta giustiziabilità del diritto, ovvero la non applicazione della norma interna contrastante, a condizione che la disposizione che contempla il diritto sia *self-executing*. L'effetto diretto è espressione dell'integrazione di ordinamenti: per stare alla giurisprudenza *Granital*, l'ordinamento interno si ritrae e trova applicazione quello comunitario. Se invece manca l'effetto diretto, nel caso di contrasto fra la norma interna ed il diritto fondamentale di origine comunitaria non è la logica dell'integrazione fra ordinamenti che viene in rilievo, ma quella del controllo di validità all'interno dell'ordinamento nazionale. Si torna cioè alla classica ipotesi di contrasto fra norma interna e norma comunitaria priva di effetto diretto, contrasto che si risolve mediante il giudizio incidentale di costituzionalità innanzi al giudice delle leggi per violazione degli artt. 11 e 117 Cost., nel quale la norma comunitaria assume il ruolo di norma interposta⁷¹. Il requisito di ammissibilità dell'incidente di costituzionalità dato dal previo esperimento dell'interpretazione conforme, apre le porte alla re-interpretazione del diritto nazionale alla luce dei diritti fondamentali di origine comunitaria, limitatamente, è bene sempre ricordarlo, ai settori di competenza comunitaria. I principi generali del diritto comunitario, e l'intera gamma delle disposizioni su principi, per definizione non-autoapplicative, entrano in gioco quale chiave interpretativa del diritto interno. Il giudice comune nazionale non può ricostruire la regola bilanciando i principi comunitari, ma può e deve interpretare il diritto nazionale alla stregua di quei principi. Il divieto di non pervenire ad una interpretazione *contra legem* del diritto nazionale rappresenta il limite, oltre il quale c'è il processo incidentale di costituzionalità⁷².

⁷¹ Mastroianni, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, cit., 355 ss. Come chiarito da alcune sentenze della Cassazione (Cass. 10 dicembre 2002, n. 17564, *Giur. cost.*, 2003, 459 con nota di Guazzarotti, *Niente di nuovo sul fronte comunitario? La Cassazione in esplorazione del nuovo art. 117, comma 1°*, *Cost.*; conforme Cass. 26 luglio 2006, n. 17004, *id.*, 2006, 3487), l'art. 117, primo comma, Cost. non disciplina il rapporto fra fonti, ma fra ordinamenti, e richiama un vincolo che, in quanto preesistente, rinvia la sua base nell'art. 11. L'art. 117 in definitiva esplicita ciò che è implicito nell'art. 11, ossia il dovere di rispetto dei vincoli determinati dall'ordinamento comunitario (sulla riconducibilità dell'art. 117 al principio contenuto nell'art. 11 si veda Corte cost. 28 marzo 2006, n. 129, *Foro it.*, 2007, I, 36). L'art. 117 rappresenta invece una novità per le norme contenute in accordi internazionali, che diventano così parametro di legittimità costituzionale, come riconosciuto dalla Corte costituzionale in relazione alla Cedu. In passato è stato dal giudice delle leggi ipotizzato, in riferimento all'art. 11 Cost., il contrasto della norma interna non già con puntuali regolamenti o norme comunitarie, bensì direttamente con il principio che informa l'intero assetto comunitario, quello della promozione dello "sviluppo armonioso dell'attività economica nell'ambito coperto dal trattato" (Corte cost. 23 dicembre 1986, n. 286, *id.*, 1987, I, 1010).

⁷² Un settore in cui indiscutibilmente manca l'effetto diretto è quello del terzo pilastro, nel quale i rimedi esperibili sono l'interpretazione conforme ed il processo incidentale di costituzionalità, rispetto al quale non rappresenta un ostacolo il riferimento nell'art. 117 al solo rispetto del diritto comunitario, data la copertura dell'art. 11 per ciò che concerne il diritto dell'Unione (Condinzani, *Fonti del "terzo pilastro" dell'Unione*

Nella direzione evidenziata è ancora la Carta dei diritti fondamentali. Come previsto dall'art. 52, le disposizioni della Carta che contengono principi possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti. Dunque in primo luogo innanzi al giudice comune nazionale, in sede di interpretazione adeguatrice delle norme interne, ma anche degli atti dell'Unione di normazione secondaria. In secondo luogo nell'ambito del controllo di legalità delle dette norme, il quale si svolge nelle forme previste dai sistemi nazionali o dal sistema comunitario (*rectius* dell'Unione). La non applicazione non è infatti un controllo di legalità in senso tecnico, rappresenta piuttosto la conseguenza dell'integrazione fra ordinamenti⁷³, mentre la validità (o invalidità) è una qualifica predicabile alla stregua dell'ordinamento di appartenenza delle norme (e cioè gli artt. 11 e 117 Cost., che rinviano, a loro volta, alla disposizione dell'Unione), ed è perciò l'esito del controllo di legalità, da svolgersi nelle forme del processo costituzionale.

Nel contesto dei diversi punti di rilevanza del diritto fondamentale di origine comunitaria (non applicazione delle norma interna contrastante se c'è l'effetto diretto, interpretazione conforme, incidente di costituzionalità) un ruolo determinante può naturalmente assolverlo il rinvio pregiudiziale alla corte comunitaria. Soprattutto per la valutazione se la disposizione comunitaria su diritti fondamentali abbia effetto diretto essenziale può essere l'intervento della Corte di giustizia, la quale ha costantemente affermato che nell'ambito delle sue competenze ad interpretare il diritto comunitario rientra anche quella di stabilire se una norma ha effetto diretto. La risposta della corte comunitaria sarebbe rilevante non solo per il giudice comune, ma anche per il giudice delle leggi, perché la presenza dell'effetto diretto renderebbe inammissibile la questione di legittimità costituzionale eventualmente proposta utilizzando la norma comunitaria quale parametro interposto. È quest'ultimo un sicuro ambito di rilevanza dell'esercizio del rinvio pregiudiziale alla corte di Lussemburgo da parte della Corte costituzionale nel corso del processo di legittimità in via incidentale. Essendosi ormai la corte qualificata giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234, come si è visto sopra, resta aperta la prospettiva in ordine al giudizio di legittimità in via incidentale.

europea e ruolo della corte costituzionale, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, cit., 221 ss.).

⁷³ L'effetto diretto esprime, come è stato efficacemente scritto, "una collocazione sì esterna all'ordinamento, ma prevalente rispetto alle norme nazionali" (Tesauro, *Diritto comunitario*, cit., 215); secondo Cartabia-Weiler, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 173 ss., il primato delle norme comunitarie va ricondotto al principio di preferenza, il quale a sua volta ricorda il concetto di *preemption* di origine americana.



Un palazzo per le imprese

E' terra di commercianti la nostra, ma anche di validi e creativi artigiani, di audaci imprenditori. La storia della Camera di Commercio e la storia di Bari sono una cosa sola, un unico intreccio di simboli, di emblemi, legati non solo alla collocazione fisica di questa grande "casa del mercato" nel cuore murattiano del capoluogo, ma anche alla sua capacità di rappresentare l'anima della città.

Sono più di 155mila le aziende iscritte al Registro delle Imprese, per lo più imprese commerciali, manifatturiere, di costruzioni, di servizio, trasporti. Ma a formare questo grande numero, che fa dell'ente la quinta Camera di Commercio italiana, contribuiscono anche le aziende che operano nei servizi pubblici e sociali, nel turismo e nell'intermediazione finanziaria.

Attraverso le loro associazioni di categoria, rappresentate nel Consiglio, vere e proprie rappresentanze di interessi economici, i protagonisti dell'economia locale manifestano bisogni ed esigenze.

Alla Camera di Commercio spetta comporre in una visione di sintesi strategica, perché uno sviluppo consapevole può attuarsi solo componendo interessi diversi, siano di imprenditori, artigiani, commercianti, agricoltori, consumatori e lavoratori.

Questa intermediazione, con compiti di *garanzia super partes*, viene attuata anche con le altre amministrazioni locali e con il sistema bancario, dando forte slancio alla collaborazione.

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bari



PIÙ VALORE AL TERRITORIO



rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTEGRAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2010 € 125,00	<input type="checkbox"/> abb. triennale (pagamenti con cadenza annuale) € 375,00	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2010 € 250,00	<input type="checkbox"/> abb. triennale (pagamenti con cadenza annuale) € 750,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. - Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA



Provincia di Bari

... per la cultura ...



Foto: Nicola Amato

Sede Centrale Lungomare Nazario Sauro, 29 – 70121 Bari – Italy
Centralino 39.080.54.12.111

ISBN 978-88-8422-953-3



9 788884 229533

€ 35,00