



Tutela dei diritti fondamentali e ruolo “a fisarmonica” dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale

di

Antonio Ruggeri*

SOMMARIO: 1. Giurisprudenza costituzionale e ruoli del giudice e della stessa Corte costituzionale: un album con molte foto, ovverosia l'immagine di ruoli “a fisarmonica”, emergente dai modi con cui si fa uso delle tecniche decisorie nei vari campi materiali di esperienza. – 2. Le tecniche decisorie idonee a promuovere il ruolo del giudice. – 2.1. L'interpretazione conforme e il rischio che possano aversene usi abnormi ed esasperati, anche per reazione alla manovra di “riaccentramento” del sindacato operato dalla Consulta (specie con la sent. n. 269 del 2017). – 2.2. La c.d. applicazione diretta della Costituzione e delle altre Carte dei diritti (tra le quali, principalmente la CEDU). – 2.3. L'abnorme dilatazione della rilevanza nei giudizi in via incidentale registratasi negli anni a noi più vicini e la sottolineatura da essa testimoniata del ruolo sia dei giudici comuni che del giudice costituzionale. – 2.4. ... e la parimenti abnorme dilatazione dell'oggetto del sindacato di costituzionalità, che ha portato all'effetto di attrarre all'area del controllo della Corte anche questioni che avrebbero potuto essere risolte dal giudice comune. – 2.5. La promozione del ruolo del giudice in fase “discendente” dei giudizi di costituzionalità (con specifico riguardo ai seguiti dati alle sentenze additive di principio). – 3. Le “catene” risultanti da pronunzie giurisprudenziali funzionalmente connesse, i margini di discrezionalità di cui godono gli operatori nel passaggio dall'uno all'altro anello di cui le “catene” stesse si compongono, le movenze “a fisarmonica” del ruolo dei giudici al piano dei rapporti interordinamentali (notazioni introduttive). – 3.1. Gli oscillanti rapporti tra CEDU e diritto interno e le movenze della “fisarmonica” messa in mano ai giudici e... alla stessa Corte. – 3.2. I chiaroscuri esibiti dalla giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario, la brusca virata nel senso del “riaccentramento” del sindacato avutasi con Corte cost. nn. 269 del 2017 e 115 del 2018, l'apporto corale offerto dalle Carte e da tutti gli operatori di giustizia alla salvaguardia dei diritti, al di fuori di ogni aprioristica e ingiustificata pretesa di una *primauté* improponibile nel presente contesto connotato da una integrazione sovranazionale avanzata e dall'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale. – 4. Ancora dell'interpretazione conforme, del suo carattere “plurale”, della impossibilità di stabilire “graduatorie” di sorta tra le sue manifestazioni (a seconda che si volgano verso la Costituzione, il diritto internazionale, il diritto eurounitario), della conseguente sottolineatura del ruolo esercitato da chi è

* Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli studi di Messina.

chiamato a farvi luogo. – 5. Giurisprudenza europea e giudicato: il banco di prova sul quale, una volta di più, si misura ed apprezza la “fisarmonica” giurisprudenziale.

1. *Giurisprudenza costituzionale e ruoli del giudice e della stessa Corte costituzionale: un album con molte foto, ovvero sia l'immagine di ruoli “a fisarmonica”, emergente dai modi con cui si fa uso delle tecniche decisorie nei vari campi materiali di esperienza*

Una preliminare avvertenza, con riguardo al tema che mi accingo a svolgere, qui fatto oggetto di un duplice “taglio”, temporale ed oggettivo o, se si vuol dire altrimenti, di prospettiva: tralascerò, infatti, vicende risalenti che hanno ormai perso attualità e fermerò, con la massima rapidità, l'attenzione unicamente sugli sviluppi più recenti della giurisprudenza costituzionale, a motivo del particolare interesse da essi rivestito e delle indicazioni che possono trarsene per il prossimo futuro¹, e riguarderò agli stessi da un particolare angolo visuale, puntando cioè a verificare quale ruolo la Consulta intende ridisegnare per i giudici comuni (segnatamente, nelle esperienze processuali in via incidentale) e allo stesso tempo, così facendo, anche per... *se stessa*, per il modo con cui appunto si pone in relazione con quelli.

In altri termini, tenterò in questa mia riflessione di ricostruire l'idea che la Consulta ha di se stessa e del proprio ruolo attraverso la rappresentazione che, nei più recenti sviluppi della sua giurisprudenza, si ha del ruolo del giudice comune e dei rapporti che con quest'ultimo lo stesso giudice delle leggi ritiene di dover intrattenere: rapporti che, per comune riconoscimento, sono talmente stretti che non è possibile per la Corte parlare dei giudici senza appunto dire inevitabilmente

¹ Riferimenti ad esperienze antiche e recenti possono aversi, ovviamente, dai manuali in circolazione e, con specifica attenzione al tema prescelto per questa trattazione, particolarmente da E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012; un taglio diacronico, corredato da acuti rilievi, è, ora, presente nello studio di G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, che riconsidera, dal peculiare ed illuminante angolo visuale del giudizio in via incidentale, il complessivo modo di essere della Corte costituzionale, il suo perenne oscillare tra giurisdizione e politica o – come preferisce dire l'a. – tra garanzia e indirizzo.

anche di... *se stessa*². Ulteriormente specificando, mi chiedo quale immagine traspaia dalla giurisprudenza costituzionale degli operatori di giustizia con specifico riguardo a ciò che essi possono fare a salvaguardia dei diritti fondamentali.

Avverto subito che, ad una prima impressione, nondimeno bisognosa di esser sottoposta a verifica, l'album contiene molte fotografie: tutte ritraggono lo stesso soggetto, alcune in modo nitido e chiaro, altre invece risultano "mosse"; in alcune dello stesso se ne mostrano il vigore e le non comuni capacità, in altre appare invece sotto tono e quasi sofferente. Insomma, un ruolo – potrebbe dirsi in breve – che si espande e contrae a fisarmonica (con riflessi immediati sul ruolo dello stesso giudice costituzionale, parimenti idoneo ad assumere varie movenze), al punto da far dubitare che si dia una concezione o una filosofia di fondo, un indirizzo cioè linearmente tracciato e coerentemente perseguito nei vari ambiti materiali di esperienza nei quali si manifesta.

È ovvio che non può qui farsi alcun riferimento a questioni di merito, per il modo con cui sono in concreto affrontate e risolte né dai singoli giudici né dalla Consulta; appunterò dunque l'attenzione unicamente sulle tecniche decisorie che presiedono alla loro soluzione, peraltro circoscrivendola a quelle di più frequente utilizzo, dal momento che è proprio da esse che possono aversi le più attendibili testimonianze degli orientamenti più ricorrenti, in ispecie di quelli maggiormente consolidati, come tali indicativi degli angoli visuali dai quali la Consulta stessa è solita guardare al ruolo in parola, ora rimarcandolo ed ora però segnandone i confini entro i quali può (e deve) aversene l'esercizio.

Avverto, poi, della opportunità di non fermarsi ai dati meramente esteriori, come tali appariscenti e però pure alle volte ingannevoli. Non di rado, infatti, la sottolineatura del ruolo del giudice è fatta – come si vedrà – in funzione della

² È vero, ovviamente, anche l'inverso, i rapporti in parola prestandosi altresì a farsi osservare dall'angolo visuale dei giudici, perlomeno avuto riguardo ai più diffusi e radicati orientamenti affermatasi nel diritto vivente, non essendo – com'è chiaro – possibile far luogo ad una compiuta descrizione dei molti modi con cui si intende l'amministrazione della giustizia in ogni sede in cui la stessa è praticata. Qui, nondimeno, mi preme – come dicevo – maggiormente fermare l'attenzione sul punto di vista venutosi di recente a determinare presso la Consulta.

espansione del ruolo della stessa Corte. Non è detto, insomma, che alla promozione dell'uno debba, per ineluttabile necessità, corrispondere la contrazione di quello della seconda, e viceversa. In realtà, il quadro è internamente assai articolato e composito, gli elementi che in esso s'inscrivono risultando soggetti a continui spostamenti, alla ricerca di reciproci equilibri alquanto problematici da raggiungere e da preservare identici a sé pure con riferimento ad uno stesso ambito di esperienza e in relazione a questioni non dissimili. Si tratta, dunque, solo di verificare quali sono le più marcate linee di tendenza e di sviluppo di relazioni comunque portate, per loro indeclinabile vocazione, a ricorrenti e non secondarie messe a punto e verifiche. Si aggiunga, poi, che le relazioni stesse si svolgono su un terreno nel quale si rilevano altre e significative presenze, in particolare delle Corti europee, idonee a variamente incidere sull'andamento dei rapporti in parola, così come peraltro anche i rapporti che i giudici e la Corte intrattengono con le Corti europee lasciano il segno sulle relazioni restanti, al punto da rendersi poi assai disagevole stabilire quale sia la maggiore influenza esercitata dall'una specie di relazioni rispetto all'altra o alle altre. E il vero è che tutte s'immettono in un unitario circuito nel quale si rincorrono circolarmente, ricaricandosi e variamente alimentandosi a vicenda.

2. Le tecniche decisorie idonee a promuovere il ruolo del giudice

Con questa generale avvertenza, dirò dunque, innanzi tutto, delle tecniche decisorie che – perlomeno, a prima impressione – giocano nel senso della promozione del ruolo del giudice, limitandomi peraltro, a motivo della loro notorietà, a pochi cenni, indispensabili al fine di mettere in evidenza i tratti maggiormente salienti delle relazioni qui fatte oggetto di studio.

2.1. *L'interpretazione conforme e il rischio che possano aversene usi abnormi ed esasperati, anche per reazione alla manovra di "riaccentramento" del sindacato operato dalla Consulta (specie con la sent. n. 269 del 2017)*

Si pensi, ad es., alla tecnica dell'interpretazione conforme³. Non v'è dubbio che averne vigorosamente caldeggiato un uso sistematico abbia portato (e porti) a configurare il ricorso alla Consulta quale una sorta di *extrema ratio*, di ultima spiaggia alla quale approdare laddove si dimostri impraticabile la via della riconciliazione per via interpretativa dei materiali normativi in campo: un esito, questo, che tuttavia parrebbe essere almeno in parte temperato dalla più recente giurisprudenza nella quale, pur tra non rimosse oscillazioni⁴, la Corte parrebbe dare ad intendere di contentarsi che sia esperimento un tentativo d'interpretazione adeguatrice sorretto da congrua motivazione (v., tra le altre, le sentt. nn. 11 e 53 del

³ ... sulle cui vicende, v., part., G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano 2006 e, della stessa, *La Costituzione "sottintesa"*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazione adeguatrice*, Giuffrè, Milano 2010, 3 ss., e *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in [Consulta OnLine](http://www.dirittifondamentali.it), 2/2016, 293 ss.; A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Aracne, Roma 2011; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), 391 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017, spec. i contributi di cui alla parte II, e, ora, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, cit., 99 ss., e R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017, 37 ss., e con particolare riferimento all'ordinamento spagnolo, R.G. RODIO, *Il Tribunal Constitucional spagnolo ed i limiti all'interpretazione conforme a Costituzione*, in www.dirittifondamentali.it, 2/2018, 13 novembre 2018. Con specifico riguardo alla CEDU, v., ora, P. ROSSI, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2018, e L. CASSETTI, *La "manipolazione" dell'efficacia delle sentenze della Corte EDU: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la "giustizia del caso singolo"*, relaz. alle XI Giornate di Diritto costituzionale su Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani, svoltesi a Messina il 10 e 11 settembre 2018, in *paper*, spec. al § 4; quanto al diritto dell'Unione europea, v., almeno, G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2015; V. PICCONE, in più scritti, tra i quali, da ultimo, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in www.diritticomparati.it, 16 marzo 2018, 298 ss. Molto importanti sono le recenti sentenze della Corte giust., Grande Sez., 6 novembre 2018, C-684/16, *Max Planck Gesellschaft c. T. Shimizu*; C-569/16, *Stadt Wuppertal c. M.E. Bauer* e C-570/16, *TWI Technische Wartung und Instandsetzung Volker Willmeroth eK c. M. Broßonn*.

⁴ ... che possono, se si vuole, vedersi ora segnalate da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁶, Giappichelli, in corso di stampa, 235 ss.

2018). È poi pur vero che una interpretazione teleologicamente orientata, la quale appare di per sé non di rado assai problematica, è resa ulteriormente disagiata e impegnativa dalla pluralità dei parametri verso i quali la stessa è tenuta a svolgersi, secondo quanto si vedrà meglio più avanti, scorrendo dei diversi tipi d'interpretazione conforme (a Costituzione, a diritto internazionale, a diritto dell'Unione europea).

Ora, la tecnica in parola, proprio a motivo del vincolo di scopo che la connota, si presta a costituire oggetto di usi esasperati, fino però a snaturarsi del tutto laddove dovesse assistersi a manipolazioni ora più ed ora meno incisive e tuttavia pur sempre considerevoli della sostanza normativa racchiusa nei testi di legge e talvolta persino del parametro, piegato alle esigenze del caso⁵. Ed è interessante notare che quest'esito risulta ulteriormente incoraggiato a formarsi proprio da alcune tendenze della più recente giurisprudenza costituzionale volte al "riaccentramento" in ordine alla risoluzione di alcune specie di antinomie dapprima invece demandate al giudice comune, quale quella testimoniata dalla svolta avutasi con la sent. n. 269 del 2017, di cui si dirà in seguito.

Il punto merita un supplemento di attenzione. La tecnica di cui si fa ora parola (e il discorso, come si vedrà, può valere anche per altre) sembra infatti talora rivoltarsi a mo' di *boomerang* contro la stessa Consulta che pure ne ha vigorosamente caldeggiato l'utilizzo. In alcune esperienze, infatti, si presta a finalità difensiva o di reazione nei riguardi di un indirizzo, quale quello inaugurato dalla decisione appena richiamata, chiaramente risultato sgradito proprio al più autorevole rappresentante dell'ordine giudiziario, la Cassazione. Non siamo ancora in grado di dire come si concluderà la partita che è ancora agli inizi; può solo esprimersi l'augurio che la Consulta non perseveri in un atteggiamento eccessivamente rigido e – ciò che più importa – a mio modo di vedere controproducente per lo stesso giudice costituzionale.

Non sappiamo quanti sono i casi d'interpretazione conforme di cui si ha

⁵ Per una recente messa a punto teorica dei limiti entro i quali l'interpretazione in parola è tenuta a svolgersi, v. M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in www.questionegiustizia.it, 22 ottobre 2018.

quotidiano riscontro nelle aule in cui si amministra la giustizia comune e, dunque, non siamo in grado di poter fare verifiche attendibili circa il modo o i modi con cui essa prende forma e si radica nell'esperienza. Conosciamo però il numero, estremamente esiguo, di casi al ricorrere dei quali i giudici hanno sollevato, *dopo la 269 del 2017*, questioni di legittimità costituzionale denunciando la violazione *anche* della Carta di Nizza-Strasburgo. Ebbene, il risultato è sorprendente: salvo errore mio, *in nessun caso* – dico *nessuno* – è denunciata la congiunta violazione di norme sostanzialmente coincidenti della Carta stessa e della Costituzione⁶: condizione, questa, richiesta – come si sa – perché possa (e, a dire della 269, debba) espletarsi il sindacato della Consulta. Non dandosi il presupposto della coincidenza in parola, viene da pensare che le norme della Carta sovranazionale considerate violate siano state tutte ritenute dalle autorità remittenti non *self-executing*, dovendosi altrimenti far luogo alla loro immediata applicazione in vece delle norme di legge con esse incompatibili.

Non sembra, poi, peregrino supporre che, nel caso che siffatta applicazione si fosse avuta, la Consulta avrebbe potuto giudicarla sgradita, assumendo che in realtà si dava il presupposto suddetto e, dunque, il giudice avrebbe dovuto rivolgersi ad essa per l'annullamento della disciplina legislativa lesiva delle due Carte. E, tuttavia, la Consulta non dispone di alcuno strumento per obbligare il giudice a sollevare un questione di legittimità costituzionale ovvero per rimediare al mancato adempimento di siffatto obbligo, salvo pur sempre l'esperimento di un conflitto da menomazione. Ad oggi, però, non disponiamo di alcuna testimonianza in tal senso; e qualche significato questo invero ce l'ha.

Sta di fatto che la rivoluzionaria innovazione⁷ posta in essere con la 269 parrebbe essere ad oggi rimasta praticamente sulla carta; la qual cosa – come si diceva – alimenta invero il sospetto che i giudici abbiano fatto di tutto (e, forse, di

⁶ Salvo, ovviamente, il caso sollevato con ord. n. 3831 del 2018 da Cass., II Sez. civ., in chiara contestazione del punto di diritto enunciato nella 269 (anche su ciò, *infra*).

⁷ Tale, perlomeno, è stata giudicata da una nutrita schiera di studiosi, pur nel dissenso al riguardo manifestato da un'accreditata dottrina che ha invero prodotto uno sforzo considerevole per ridimensionare la portata della innovazione stessa [L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in www.federalismi.it, 3/2018, 31 gennaio 2018].

più...) per riconciliare a forza la Carta dell'Unione e le disposizioni di legge "a prima lettura" con essa contrastanti.

Come si vede, chi di spada ferisce di spada perisce; e l'obiettivo preso risolutamente di mira dalla Consulta di attrarre al proprio sindacato praticamente tutte le antinomie coinvolgenti la Carta dell'Unione non sembra essere ad oggi stato centrato, con ogni probabilità per effetto di un uso abnorme degli strumenti d'interpretazione di cui i giudici dispongono. La dilatazione dell'area entro cui può farsi valere il ruolo attivo di questi ultimi sembra dunque realizzarsi con un duplice costo evidente: la torsione del ruolo stesso e la mancata applicazione diretta della Carta dell'Unione, operata alla luce del sole, non già attraverso manipolazioni del dettato legislativo, facendo cioè dire a quest'ultimo la stessa cosa di ciò che è scritto nella Carta stessa o, comunque, qualcosa con essa compatibile. È chiaro, però, che si tratta di un rimedio pur sempre parziale e complessivamente inappagante, dal momento che far subito applicazione della Carta in parola al posto della legge può equivalere in molti casi ad un innalzamento del livello di garanzia del diritto offeso o, come che sia, trascurato dal diritto interno. Il che, poi, al tirar delle somme, equivale ad un mancato appagamento delle pretese di affermazione della *coppia assiologica fondamentale* – come a me piace chiamarla – di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione, sol che si pensi che sta proprio in questi principi la radice da cui si alimenta il primato della Carta sovranazionale, al pari peraltro di ogni Carta dei diritti che riconosca e ritagli per sé un ruolo sussidiario rispetto al diritto interno in genere, assumendo di poter valere unicamente alla condizione di riuscire ad innalzare il livello di garanzia dei diritti al confronto di quello raggiungibile dal diritto medesimo⁸.

⁸ Sul "metaprincipio" del massimo *standard*, fatto oggetto specie di recente di particolare attenzione da una nutrita schiera di studiosi, riferimenti sono in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, spec. 222 ss., ma *passim*; N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in www.diritticomparati.it, 3/2017, 15 dicembre 2017, § 3, e, dello stesso, *Costituzione e Carte europee dei diritti nel recente orientamento del giudice delle leggi: supremazia assiologica o primato funzionale?*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2018; F. DE VANNA, *I 'controlimiti' tra disordine delle fonti ed equilibrio del diritto*, in www.federalismi.it, 23/2017, 20 dicembre 2017, spec. al § 3; G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2018. Sulla vocazione espansiva dei diritti, v., inoltre,

2.2. La c.d. applicazione diretta della Costituzione e delle altre Carte dei diritti (tra le quali, principalmente la CEDU)

Una seconda tecnica idonea a far espandere l'area entro cui può farsi valere ed apprezzare il ruolo del giudice, sempre che esercitato con la dovuta vigilanza, è quella usualmente chiamata dell'applicazione diretta della Costituzione e che però ancora meglio si farebbe a qualificare come "attuazione", specificamente con riguardo ai casi in cui, a causa della mancanza di norma di legge idonea a valere per la singola vicenda processuale, la norma stessa sia desunta – a rime chiaramente non "obbligate" – dai principi costituzionali⁹. È evidente, infatti, che la produzione della regola adeguata al caso si presenta, dove più dove meno, espressiva di un rilevante tasso di "normatività", forse ancora maggiore di quello che – come si vedrà a momenti – si ha laddove essa sia estratta da un principio aggiunto al testo di legge da una pronuncia del giudice costituzionale (a mezzo, appunto, di un'additiva di principio)¹⁰. La circostanza, poi, che gli effetti prodotti dalla regola stessa restino circoscritti alla singola vicenda processuale per la quale

ora, G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in AA.VV., *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, a cura di F. Cortese - C. Caruso - S. Rossi, FrancoAngeli, Milano 2018, 97 ss., spec. 114 ss.; pure *ivi* si è, ancora di recente, dichiarato in senso critico circa la possibilità di far valere con profitto il canone del massimo *standard* R. BIN, *70 anni dopo. Attualità e mitologie della Costituente. Discutendo le relazioni di Morelli, Faraguna, D'Amico e Saitto*, 170 ss., del quale v., ora, anche *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., *ma passim*).

⁹ È quanto è, ad es., avvenuto con riguardo al caso Englaro, in occasione del quale il diritto a porre fine all'esistenza della sfortunata giovane è stato "inventato" dal giudice, in vece del legislatore; molti altri esempi possono, poi, essere adottati nel medesimo senso. In generale, con riguardo ai diritti senza legge, v., tra gli altri, A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli Torino 2016, 1452 ss.; pure *ivi*, G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, 1486 ss.; i contributi ospitati nel fasc. 2/2016 di *Dir. pubbl.*; P. BONINI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra la legislazione per omissione e decisione giurisdizionale*, in www.federalismi.it, 14/2017, 5 luglio 2017; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in www.costituzionalismo.it, 1/2018, 12 febbraio 2018; G. SILVESTRI, nello scritto da ultimo cit. Infine, se si vuole, già il mio *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [Consulta OnLine](http://Consulta.OnLine), III/2015, 13 novembre 2015, 769 ss.

¹⁰ Non si trascuri, infatti, la circostanza per cui, nel caso della c.d. applicazione diretta della Costituzione, il giudice ha davanti a sé il nudo dettato costituzionale, il singolo enunciato espressivo del principio e talora neppure questo, laddove si tratti di principi privi di esplicito supporto positivo; di contro, i principi somministrati dalla Consulta con le sue decisioni additive dispongono del corollario della parte motiva della decisione che delimita pur sempre la cornice entro la quale l'operatore di giustizia deve restare al momento in cui fa luogo alla produzione della regola buona per il caso.

si fanno valere nulla toglie al carattere propriamente “normativo” dell’attività posta in essere in congiunture siffatte dal giudice.

Non indugio ora sui presupposti teorici sui quali poggia il riconoscimento che i giudici comuni hanno fatto a se stessi, col beneplacito della giurisprudenza costituzionale, della validità della tecnica decisoria ora in discorso, a mezzo della quale la Costituzione vede valorizzata la propria forza normativa e qualificatoria dell’esperienza, sulla scia di una nota indicazione teorica venuta da un’autorevole dottrina¹¹. Non si perda tuttavia di vista la circostanza per cui quest’esito è raggiunto col costo, che non di rado deve pagarsi a caro prezzo, di corpose e vistose integrazioni o, diciamo pure, manipolazioni del dettato costituzionale *iussu iudicis*¹². Ciò che poi, oltre ad esser gravido di implicazioni al piano delle relazioni istituzionali (segnatamente, di quelle tra giudici e legislatore), induce ad una disincantata e non preconcepita riflessione proprio a riguardo della forza della Costituzione, laddove dovesse risultare provata, in un’esperienza processuale data, che essa si è trovata a doversi piegare docilmente davanti alla volontà dell’operatore di turno che, con la stessa facilità con cui da bambini usavamo giocare con la plastilina, lavora il materiale costituzionale, agevolato in ciò dalla sua elevata, strutturale duttilità, forgiandone figure ogni volta nuove o rinnovate.

V’è poi un ulteriore dato da tener presente, specificamente valevole al piano delle relazioni interordinamentali, alle cui vicende – come a breve si vedrà – è da prestare la massima considerazione; ed è che non si capisce per quale ragione l’uso diretto che si considera possibile per la Costituzione non dovrebbe poter valere altresì (e ad ugual titolo) anche per altre Carte dei diritti (e, tra queste, per ciò che

¹¹ Ovvio il riferimento qui al magistero di V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano 1952.

¹² Come si è tentato di mostrare in altri luoghi, infatti, molte addizioni testuali ovvero manipolazioni sostanziali per via interpretativa dei testi di legge hanno la radice da cui si alimentano e giustificano in previe, nascoste e abilmente argomentate manipolazioni semantiche dello stesso dettato costituzionale. Operazioni, queste ultime, alle quali tutti i giudici hanno fatto e seguitano a fare, in considerevole misura, luogo (con specifica attenzione alla modifiche tacite della Carta poste in essere a tappeto dal giudice costituzionale, v., di recente, M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, relaz. al Convegno su *Alla prova della revisione. Settant’anni di rigidità costituzionale*, Catanzaro 8-9 giugno 2018, in www.gruppodipisa.it, 2/2018 e, pure *ivi*, se si vuole, il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant’anni dopo*, 20 giugno 2018).

qui maggiormente importa, per la CEDU).

Sappiamo che la giurisprudenza costituzionale non acconsente all'applicazione diretta della Convenzione. Non discuto qui nuovamente, dopo averlo già fatto in altre occasioni, della bontà di quest'orientamento che ai miei occhi appare essere comunque bisognoso di almeno alcune, non secondarie correzioni. Ammettiamo però pure che il pensiero della Consulta debba essere accolto. Ebbene, esso è stato formulato specificamente per i casi di antinomia tra legge e Convenzione, non già per quelli in cui la prima manchi. Qui poi – non si dimentichi – la legge, in realtà, c'è ed è proprio quella che ha dato esecuzione in ambito interno alla Convenzione¹³. Insomma, nulla – a me pare – si oppone a che quest'ultima riceva, con riferimento all'ipotesi ora discussa, il medesimo trattamento valevole per la Costituzione.

Si presti attenzione al fatto che, anche per questa via, il giudice può disporre, specificamente nei casi in cui non risulti *ictu oculi* visibile la esistenza di una disciplina legislativa, di margini anche particolarmente consistenti di manovra, sollecitando dunque la Convenzione ad usi fortemente innovativi ed incisivi. Può, dunque, ripresentarsi lo scenario che si è sopra sinteticamente descritto trattando della interpretazione conforme. Il recupero, poi, della centralità del ruolo della Consulta potrebbe aversi laddove la norma convenzionale emerga da un indirizzo “consolidato” della giurisprudenza europea che, tuttavia, si sospetti essere incompatibile con la Costituzione, secondo l'indicazione al riguardo data da Corte cost. n. 49 del 2015. A stare però alle testimonianze rese dal diritto

¹³ Perlomeno, dunque, nel caso che quest'ultima segua temporalmente la legge giudicata con essa incompatibile, si potrebbe (e dovrebbe), in forza del canone della *lex posterior*, far luogo alla immediata applicazione della prima. È vero che si potrebbe opporre che faccia qui difetto il carattere della omogeneità strutturale degli enunciati, quelli convenzionali perlopiù esibendo le maglie larghe che sono tipiche dei *principi*, diversamente da quelli legislativi, produttivi di *regole*. L'obiezione, tuttavia, risulterebbe fuori centro per plurime ragioni: vuoi per il fatto che non è detto che le formule legislative non possano avere la medesima struttura delle formule convenzionali, vuoi ancora per il fatto che la CEDU va intesa e fatta valere – come si sa – per il modo con cui vive nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale potrebbe bene aver specificato in relazione ad un singolo caso il disposto della Convenzione, riempiendo così i buchi lasciati scoperti dalla trama linguistica della Convenzione stessa, vuoi infine per il fatto che – come si è veduto – gli stessi principi di una Carta dei diritti (Costituzione o altra Carta che sia) possono prestarsi alla loro “applicazione” (*rectius*, “attuazione”) diretta *ope juris prudentiae*.

giurisprudenziale affermatosi in ambito interno sembra questo essere uno sbocco di assai remoto riscontro, a fronte invece dei richiami ormai ricorrentemente fatti alla Convenzione nelle pratiche giurisprudenziali, a sostegno delle pretese vantate dalle parti di causa e a rinforzo delle garanzie ad esse apprestate dalla Costituzione, senza che si nutra il sospetto di uno scontro frontale tra le due Carte. E viene da pensare che un domani, qualora dovesse finalmente anche da noi aversi la ricezione del prot. 16 allegato alla CEDU¹⁴, questo *trend* potrà ulteriormente consolidarsi, specie qualora la Corte di Strasburgo avrà l'accortezza di tener conto delle indicazioni emergenti dalla giurisprudenza costituzionale, alla quale lo stesso giudice che fa richiesta di parere potrebbe far richiamo allo scopo di fugare il rischio del conflitto, analogamente per questo verso – al di là della diversità degli effetti¹⁵, oltre che, ovviamente, della diversa platea dei richiedenti¹⁶ – di ciò che si è avuto (e può ulteriormente aversi) sul versante dei rapporti con la Corte dell'Unione in occasione dell'attivazione dell'arma del rinvio pregiudiziale¹⁷.

¹⁴ Il suo primo utilizzo si è avuto – come si sa – ad opera della Corte di Cassazione francese, in una vicenda riguardante un caso di maternità surrogata (per un primo commento, A.M. LECIS, *GPA e trascrizione degli atti di nascita: la Cassazione francese richiede il primo parere consultivo alla Corte EDU*, in www.diritticomparati.it, 18 ottobre 2018, e, nella stessa *Rivista*, ora, M. PAPPONE, *In attesa dell'Italia, alcune riflessioni dopo l'entrata in funzione del Protocollo Addizionale n. 16 nell'ordinamento francese*, 29 ottobre 2018).

¹⁵ Che, per vero, rimane ma che nondimeno non va oltre misura enfatizzata, sol che si consideri, per un verso, l'*auctoritas* di cui è dotato l'organo che rimette il parere e, per un altro verso, la circostanza per cui lo stesso potrebbe in seguito essere nuovamente investito, per il caso che al parere stesso non sia dato congruo seguito, della medesima questione in sede giurisdizionale [il rilievo è nel mio *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del Prot. 16)*, in www.rivistaiaic.it, 1/2014, 7 febbraio 2014, spec. al § 3, e, pure *ivi*, in R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, 3/2014, 12 settembre 2014, spec. il § 12].

¹⁶ ... circoscritta, come si sa, dal prot. in parola ai soli giudici di ultima istanza ed invece estesa, quanto all'uso dello strumento del rinvio, a tutti i giudici.

¹⁷ ... secondo quanto, peraltro, attestato dal caso *Taricco*, in occasione del quale si è assistito ad un sensibile ravvicinamento di posizioni tra Corte di giustizia e Corte costituzionale, grazie al ripensamento critico operato dalla prima, in sede di risposta alla domanda pregiudiziale postale dalla seconda, nei riguardi della sua anteriore pronunzia, un ravvicinamento però segnato da un brusco, inatteso e inopportuno allontanamento cui ha fatto luogo la decisione della Consulta che ha chiuso la partita [maggiori ragguagli sulla vicenda possono aversi da C. AMALFITANO - O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in www.diritticomparati.it, 5 giugno 2018; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli

2.3. *L'abnorme dilatazione della rilevanza nei giudizi in via incidentale registratasi negli anni a noi più vicini e la sottolineatura da essa testimoniata del ruolo sia dei giudici comuni che del giudice costituzionale*

Un significativo allargamento dell'area entro cui il giudice svolge gli accertamenti preliminari all'eventuale apertura di un giudizio di costituzionalità si è poi registrato – com'è noto – negli anni a noi più vicini, essendosi fatto un uso assai lasso e francamente abnorme del canone della rilevanza, peraltro salutato da molti commentatori alle volte con favore e persino con toni entusiastici, altre invece criticamente considerato¹⁸. Come non di rado in circostanze siffatte avviene, il merito della questione fa aggio sulla bilancia rispetto alla scrupolosa osservanza dei canoni processuali; il punto è, però, che pur laddove la conclusione della singola vicenda sia, per ragioni varie, giudicata apprezzabile, il precedente resta e fa – come suol dirsi – giurisprudenza, esercitando quindi una forza di trascinamento idonea a proiettarsi oltre la questione cui specificamente si riferisce. È ciò che si è avuto – come si sa – con riferimento all'annosa questione del sindacato sulle leggi elettorali, specie con la seconda decisione, la n. 35 del 2017¹⁹, laddove il difetto della rilevanza era testimoniato *per tabulas* non soltanto dal fatto che non si trattava di far applicazione della disciplina elettorale nei giudizi nel corso dei quali erano stati sollevati i dubbi sulla sua costituzionalità ma – di più –

2018, della quale, v., inoltre, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'“evoluzione” dei controlimiti attraverso il “dialogo” tra le Corti dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in www.osservatorioaic.it, 2/2018, 20 giugno 2018; AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, a cura di C. Amalfitano, Giuffrè, Milano 2018, e, da ultimo, dai contributi all'incontro di studio su *Il “dialogo tra le corti” parla anche di processo penale. Implicazioni e ricadute della vicenda “Taricco” sui rapporti tra ordinamenti e tra istituti della giustizia penale*, a cura di S. Quattrocchio, Alessandria 15 novembre 2018, nonché, volendo, dal mio Taricco, *amaro finale di partita*, in [Consulta OnLine](http://ConsultaOnLine), 3/2018, 3 settembre 2018, 488 ss.].

¹⁸ In tema, tra i contributi che ne hanno fatto oggetto di studio in forma organica, v., part., G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, cit.; G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 67 ss.; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 131 ss. e 151 ss.

¹⁹ Imponente la messe di commenti venuti alla luce, tra i quali v., almeno, AA.VV., *Corte costituzionale e leggi elettorali delle Camere*, a cura di G. Ferri, ESI, Napoli 2017; A. VUOLO, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, spec. 127 ss., nonché i contributi che sono in www.astrid-online.it, 12/2018, 19 settembre 2018, ed *ivi*, part. S. LIETO, *Legge elettorale e controllo di costituzionalità. Ovvero: quando il fine giustifica (sempre?) i mezzi*.

che la disciplina stessa non era mai stata applicata e neppure poteva sapersi se mai lo sarebbe stato, dal momento che, varata la stessa, si era già prospettata la eventualità del suo rifacimento.

Il vero è che – come molti autori hanno, con varietà di toni ma sostanziale somiglianza di idee, rilevato – ci si è trovati in presenza di *ricorsi diretti mascherati*, ai quali è stato dato ingresso alla Consulta unicamente in nome del vecchio adagio *salus rei publicae suprema lex esto*. Il punto è però che si tratta di stabilire se davvero il fine giustifica il mezzo o, se si vuole, se lo giustifica sempre ovvero solo a certe condizioni ed entro certi limiti²⁰. Perché fare un *uso congiunturale della Costituzione* – come mi è venuto più volte di dire –, piegandola ad una giusta e magari nobile causa, è comunque rischioso, anzi sommamente rischioso, dal momento che – come si diceva – il precedente comunque resta e non è affatto sicuro che in futuro possano aversene buone applicazioni.

Sta di fatto che, per una singolare vicenda ancora non del tutto spiegata, da

²⁰ Ancora non molto tempo addietro, un'accreditata dottrina ha efficacemente affermato che "i fini non giustificano mai i mezzi, perché sono sempre i mezzi a prefigurare i fini" (A. PUGIOTTO, *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169). Purtroppo, però, si constata che questa rigorosa indicazione metodico-teorica non sempre ha modo di affermarsi. Così, ad es., il corposo e internamente articolato fenomeno della legislazione dell'emergenza e delle sue vicende in sede di sindacato di costituzionalità sta qui sotto i nostri occhi a testimoniare che il fine ha davvero imposto, specie nei momenti cruciali della vita delle istituzioni repubblicane (come ai tempi del terrorismo rosso), il sacrificio della legalità costituzionale, persino dei suoi principi fondamentali e, più ancora, del valore della dignità dell'uomo che – come si dirà anche più avanti – non dovrebbe in nessun caso risultare soggetto a bilanciamento (si rammenti al riguardo la nota decisione n. 15 del 1982 della Consulta con cui è stata fatta salva una disciplina che portava ad una dilatazione abnorme del termine massimo di carcerazione preventiva per i soggetti imputati di certi reati, al dichiarato scopo di non consentire la liberazione di persone sospette di appartenere alle BR).

Certo si è, ad ogni buon conto, che non poche volte si è ribaltato l'ordine giusto in cui fini e mezzi devono porsi, secondo quanto è appunto avvalorato *per tabulas* dai casi di scostamento della Consulta dai canoni che presiedono allo svolgimento dei suoi giudizi, dei quali si dirà anche più avanti, e che, per ciò solo, testimoniano un innalzamento abnorme che alle volte si registra del tasso di politicità dei giudizi stessi, peraltro rilevato con non poca preoccupazione da numerosa dottrina [riferimenti in C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bononia University Press, Bologna 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa, 15 dicembre 2016), a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017].

noi (e non solo da noi), anziché battere la via piana per introdurre nuove e più adeguate regole a fronte di nuovi bisogni emergenti che ne reclamano la produzione, si preferisce imboccare la via tortuosa del loro rifacimento per mano del giudice: un'operazione di successo laddove si riesca a stipulare – com'è appunto avvenuto in occasione delle vicende riguardanti le leggi elettorali – un tacito patto tra giudici comuni e Corte costituzionale che ne dia l'avallo e la giustificazione.

Non riprendo ora l'annosa questione se convenga far luogo alla luce del sole alla previsione di un sistema di ricorsi diretti alla Consulta, ad integrazione del collaudato meccanismo del sindacato in via incidentale. Con ogni probabilità, non ve n'è più bisogno, salvo che non voglia darsi particolare risalto ai ricorsi delle minoranze parlamentari, laddove appunto se ne abbia la introduzione, che però in un Paese, quale il nostro, ad alto tasso di conflittualità e connotato da una strutturale fragilità del sistema politico²¹, vedo come sommamente rischiosa in primo luogo per la stessa Corte, esposta al vento impetuoso di una pressoché sicura e frequente delegittimazione, foriera di gravi inconvenienti anche oltre le singole vicende processuali, oltre che suscettibile di alimentare la tentazione di tanto in tanto ricorrente di modificare la composizione dell'organo e le modalità di accesso alla carica.

Ad ogni buon conto, dopo le decisioni sulle leggi elettorali, ormai le "zone franche" o – come pure sono state con linguaggio più sfumato chiamate²² – "d'ombra" della giustizia costituzionale dovrebbero considerarsi sparite o, quanto meno, fortemente contratte, salvo ripensamenti, ad oggi imprevedibili, della Consulta, per il caso che dovesse considerarsi del tutto eccezionale l'apertura ai ricorsi diretti mascherati fatta per la materia elettorale.

²¹ ... sempre che si reputi appropriato l'utilizzo del sostantivo che francamente mi parrebbe stonato, se si conviene a riguardo del fatto che esso evoca un'idea di armonia e sia pur relativa stabilità del tutto mancanti.

²² In tema, rammento due incontri di studio del Gruppo di Pisa: *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. Balduzzi e P. Costanzo, Giappichelli, Torino 2007, e *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, a cura di R. Pinardi, Giappichelli, Torino 2007; più di recente, v. P. ZICCHITTU, *Le "zone franche" del potere legislativo*, Giappichelli, Torino 2017.

È poi del tutto evidente che lo scostamento dal canone della rilevanza, nella sua propria accezione, viene a risolversi, a un tempo, a beneficio dei giudici comuni e della stessa Corte costituzionale, gli uni e l'altra dovendosi comunque fare forza a vicenda: la seconda avendo bisogno dell'intraprendenza dei primi per poter esercitare il proprio *munus* a salvaguardia della Costituzione e questi necessitando comunque della sponda offerta da quella per portare a frutto la manovra avviata, chiaramente votata altrimenti a sicuro insuccesso qualora la questione sollevata dovesse essere respinta per inammissibilità (alle volte, manifesta).

A riprova comunque di quanto si faceva all'inizio di questa riflessione osservare a riguardo delle movenze "a fisarmonica" del ruolo del giudice si consideri però la contrazione che se ne ha nei casi in cui si assiste a pronunzie manipolative del tempo di efficacia dell'annullamento, in ispecie per il passato, dei quali la punta più avanzata si è avuta, per diffuso riconoscimento, ad opera della discussa sent. n. 10 del 2015 che ha, in buona sostanza, vanificato *ex post* la incidentalità, portando ad una sorta di *irrilevanza sopravvenuta e... non dichiarata* della questione²³.

Qui, diversamente da ciò che si è avuto in occasione delle decisioni sulle leggi elettorali, il giudice remittente ha subito una sensibile contrazione del proprio ruolo, alla quale per vero si è sforzato di sottrarsi non dando fedele seguito al verdetto del giudice costituzionale (della qual cosa, peraltro, si è avuta – come si vedrà tra non molto – testimonianza anche nel corso di altre vicende). È evidente, infatti, che la deviazione dai canoni che reggono il processo costituzionale può portare pianamente agli effetti avuti di mira qualora si abbia riscontro della "leale cooperazione" di tutti i protagonisti delle vicende ora richiamate, la Corte assecondando l'iniziativa posta in essere dal giudice all'atto della remissione della questione e il giudice, a sua volta, dando sollecito e lineare seguito al verdetto di

²³ Nutrita la schiera degli annotatori della decisione in parola, perlopiù espressi in senso anche fortemente critico (riferimenti di scritti a commento sono in *Consulta OnLine*, in testa alla decisione; v., inoltre, i contributi che sono in *Quad. cost.*, 3/2015, e in *Giur. cost.*, 1/2015, nonché G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, cit., 59 ss. Infine, A. STEVANATO, *Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale*, in www.osservatorioaic.it, 3/2018, 23 ottobre 2018, 185 ss.).

quella.

2.4. ... e la parimenti abnorme dilatazione dell'oggetto del sindacato di costituzionalità, che ha portato all'effetto di attrarre all'area del controllo della Corte anche questioni che avrebbero potuto essere risolte dal giudice comune

La conclusione da ultimo raggiunta può, coi dovuti adattamenti, valere altresì con riguardo all'abnorme dilatazione dell'oggetto del sindacato di costituzionalità, esteso dalla sent. n. 238 del 2014 altresì a norme non risultanti da leggi o atti a queste equiparati.

Il caso è assai noto e non occorre ora richiamarlo neppure in sunto. Palese è stata la riscrittura del disposto di cui all'art. 134 della Costituzione, ancora una volta riuscita grazie all'azione in *tandem*, a tenaglia, posta in essere dall'autorità remittente e dalla Consulta. Un caso – potrebbe dirsi – di scuola, altamente emblematico di quella simultanea e congiunta espansione del ruolo di tutti gli operatori di giustizia in campo, perlomeno per l'aspetto della messa in moto e dello svolgimento del processo costituzionale. Va, nondimeno, rilevato che in questa circostanza, così come – si vedrà a breve – anche in altre, la Corte tende pur sempre ad attrarre a sé la cognizione anche di casi che potrebbero essere pianamente definiti dal giudice comune, specificamente laddove si tratti di far luogo all'accertamento del vizio di *invalidità in senso forte* o – come pure è stato chiamato da una sensibile dottrina – di *anticostituzionalità*, e non di mera *incostituzionalità*, quale causa di radicale nullità-inesistenza della norma che ne sia affetta²⁴. Come si è fatto in altri luoghi notare²⁵, a stare alla lettera del dettato costituzionale parrebbe non essere appropriato far luogo ad una pronunzia di accoglimento in presenza di un vizio siffatto, quanto meno a tener fermo l'antico detto secondo cui *quod nullum est nullum producit effectum*, a fronte invece della previsione di cui all'art. 136 che stabilisce la perdita di effetti delle norme dichiarate contrarie a Costituzione a far

²⁴ La prima qualifica si deve a R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*², Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.; la seconda ad A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.

²⁵ Da ultimo, nel mio *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in [Consulta OnLine](#), 3/2018, 548 ss.

data dall'adozione della pronunzia che ne dà l'accertamento. In circostanze siffatte, dunque, parrebbe che la tecnica decisoria giusta sia quella della inammissibilità (e, anzi, della manifesta inammissibilità).

Ammettiamo pure, però, che la Corte possa ugualmente utilizzare lo strumento riservato agli annullamenti (nella loro ristretta e propria accezione) al fine di dare il riscontro della nullità-inesistenza della norma giudicata. Ebbene, non si capisce perché mai debba considerarsi preclusa in partenza questa facoltà in capo al giudice comune, il quale bene dunque potrebbe avvalersene senza investire la Consulta della relativa questione. Non concedergli questa opportunità a me pare essere una significativa contrazione del ruolo che al giudice stesso va riconosciuto.

2.5. La promozione del ruolo del giudice in fase "discendente" dei giudizi di costituzionalità (con specifico riguardo ai seguiti dati alle sentenze additive di principio)

Particolarmente valorizzato, poi, il ruolo del giudice anche in fase "discendente" dei giudizi di costituzionalità, laddove si tratta di dare seguito ai verdetti conclusivi dei giudizi stessi. Un seguito che, in realtà, prende molte forme: alle volte si richiede un'attività di mera *esecuzione*, altre una di *attuazione*, come tale espressiva di un tasso ora maggiore ed ora minore e tuttavia pur sempre consistente di apprezzamento discrezionale. Le additive di principio, cui si è poc'anzi già fatto richiamo, offrono una emblematica testimonianza del largo margine di manovra di cui il giudice dispone al momento in cui fa luogo alla produzione della regola idonea a valere per il caso²⁶.

²⁶ Ne dà conferma la esistenza stessa come "tipo" delle pronunzie in parola: il giudice comune è qui, infatti, abilitato a fare qualcosa che la Consulta considera non consentito a se stessa, in nome del principio, dai connotati ad ogni modo impalpabili, del rispetto della discrezionalità del legislatore. È vero che ciò può trovare giustificazione nella circostanza per cui gli effetti della pronunzia del giudice comune restano circoscritti al caso, diversamente da quelli delle decisioni ablative del giudice costituzionale, valedoli – come si sa – *erga omnes*; è però ugualmente vero che il giudice non può comunque sottrarsi all'obbligo di definire il caso, seppur col costo – se si vuole – della "invenzione" di una regola che prima non c'era. È perciò che – come si diceva – l'attività posta in essere dal giudice è, in sé e per sé, normativa.

Questa conclusione può altresì valere con riguardo alle specificazioni-attuazioni cui i giudizi fanno luogo nei confronti delle pronunzie-pilota della Corte di Strasburgo, in attesa

Stabilire, poi, se di siffatto potere si è fatto (e si fa) buon uso risulta alquanto disagiata e problematica, non disponendosi di strumenti sicuri di accertamento già solo per ciò che concerne l'operato del giudice *a quo* in fase "discendente" e, più ancora, ovviamente con riferimento agli altri giudici, le cui determinazioni sfuggono ad un sistematico controllo. È questo il lato oscuro del volto della giustizia costituzionale, quello che rimane in penombra e, alle volte, persino avvolto nella totale oscurità. Eppure, se ci si pensa, sarebbe di estremo interesse avere circostanziati ragguagli circa ciò che si ha nella fase suddetta, se si conviene a riguardo del fatto che le operazioni di giustizia costituzionale poste in essere presso la Consulta alle volte rimangono – come dire? – immature o imperfette e solo grazie all'attività posta in essere presso le sedi in cui si amministra giustizia comune esse possono avere compiuta realizzazione. Il giudice, insomma, si fa anch'egli, per la sua parte, operatore di giustizia costituzionale, senza peraltro che possa farsi – perlomeno in molti casi – una graduatoria in merito agli apporti dati, rispettivamente, da quest'ultimo e dalla Corte alla implementazione nell'esperienza della giustizia stessa. Perché se è vero che è la Corte a tracciare il verso o a dare l'orientamento all'attività del giudice comune, a mezzo del principio che gli viene somministrato, è anche vero che alle volte quest'ultimo esibisce un tasso assai elevato di genericità e indeterminatezza, aprendosi a raggiera a forme plurime e varie di svolgimento; e la ricerca della via da intraprendere spetta – come si è venuti dicendo – proprio al giudice comune.

D'altro canto, la circostanza per cui si sono avuti casi ai quali è stata data larga risonanza anche presso la pubblica opinione e che hanno fatto molto discutere gli studiosi, casi nei quali si è assistito a seguiti inadeguati o, diciamo pure, infedeli dati ai verdetti della Consulta²⁷, fa pensare che il tasso di

dell'intervento riparatore del legislatore che tuttavia – e l'esperienza ce ne dà molti esempi – potrebbe tardare a venire alla luce ovvero non aversi del tutto.

²⁷ Tra questi è, a mia opinione, da annoverare quello che ha avuto ad oggetto la condizione del matrimonio tra persone divenute dello stesso sesso, matrimonio che avrebbe dovuto subito considerarsi sciolto, alla luce di quanto deciso dalla sent. n. 170 del 2014 che nella parte motiva non lasciava adito a dubbio alcuno circa quest'esito, e che invece è stato tenuto artificiosamente in vita dal giudice che aveva sollevato la questione davanti alla Consulta in sede di "esecuzione" della pronunzia suddetta, in attesa dell'approvazione della legge (poi, come si sa,

inosservanza dei verdetti stessi possa essere elevato, specie in relazione a talune questioni intensamente avvertite e divisive tanto in seno al corpo sociale quanto tra gli studiosi e gli operatori.

3. Le “catene” risultanti da pronunzie giurisprudenziali funzionalmente connesse, i margini di discrezionalità di cui godono gli operatori nel passaggio dall’uno all’altro anello di cui le “catene” stesse si compongono, le movenze “a fisarmonica” del ruolo dei giudici al piano dei rapporti interordinamentali (notazioni introduttive)

La vicenda da ultimo evocata offre, sia pure da una peculiare angolazione, una eloquente rappresentazione di un fenomeno viepiù ricorrente, specie laddove siano in gioco questioni di biodiritto, riguardanti in particolare diritti nuovi, dei

avutasi nel 2016), la cui adozione era peraltro dalla stessa Consulta già da tempo vigorosamente sollecitata (spec. con la nota sent. n. 138 del 2010), sì da potersi assicurare la necessaria tutela alla coppia in parola, i cui componenti risultavano legati da un “pregresso vissuto” – come la Consulta l’ha efficacemente definito – degno della massima considerazione. Sta di fatto che la singolare lettura della decisione della Corte fatta propria dal giudice remittente ha portato alla inopinata invenzione di un istituto che non c’è (e non può esservi), il matrimonio “a tempo” [la soluzione fatta propria dalla Cassazione è debitrice di una indicazione data da B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 15 giugno 2014, e fatta quindi propria da P. BIANCHI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: divorzio «imposto», incostituzionale ma non troppo*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 669 ss., spec. 671, e da altri; notazioni critiche di vario segno sono, tra gli altri, in R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Foro it.*, 10/2014, I, 2680 ss.; V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (breve note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in www.dirittifondamentali.it, 15 settembre 2014; C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell’additiva di principio sul “divorzio imposto”*, in www.forumcostituzionale.it, 18 settembre 2015 e, se si vuole, nei miei *Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e ... impossibile? (a prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015)*, in [Consulta OnLine](http://ConsultaOnLine), 1/2015, 28 aprile 2015, 304 ss., e *Il “controcanto” stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, in *GenIUS*, 1/2015, 126 ss.; in quest’ultima *Rivista*, altri punti di vista a commento della decisione della Cassazione suddetta. In argomento, v., inoltre, variamente, F. SAITTO, *L’incostituzionalità del “divorzio imposto” tra rettificazione di sesso e tutela del “pregresso vissuto” della coppia*, in *Giur. cost.*, 3/2014, 2706 ss., spec. 2714; C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in www.confronticostituzionali.eu, 27 giugno 2014; A. D’ALOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità «per mancanza di alternative»*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 672; S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, in *Foro it.*, 10/2014, I, 2685 ss.; A. RAPPOSELLI, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un “nuovo” tipo di sentenze additive?*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 1/2017, 21 gennaio 2015; C.P. GUARINI, *Tra “divorzio imposto” e “matrimonio a tempo”. Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I Sezione civile*, in www.rivistaaic.it, 2/2016, 1 aprile 2016].

quali le Carte costituzionali, tra le quali la nostra, venute alla luce nel secondo dopoguerra non danno quell'esplicito riconoscimento di cui si ha invece talvolta riscontro in Carte di fresca approvazione (ed anche tra queste non in numero ragguardevole)²⁸. Ed il fenomeno è quello che vede la formazione di "catene" – come le si è altrove chiamate²⁹ – di pronunzie giurisprudenziali funzionalmente legate tra di loro e convergenti verso un obiettivo unitario e, per ciò stesso, produttive di un effetto parimenti unitario, che si aggiunge, *quodammodo* sovrastandoli ed assorbendoli, a quelli prodotti dai singoli atti di cui ciascuna catena si compone.

Non di rado, poi, della cosa si ha riscontro al piano delle relazioni interordinamentali: vengono, cioè, alla luce catene assai lunghe ed internamente articolate che hanno quale loro anello iniziale la pronunzia di questa o quella Corte europea (e talora persino di entrambe), alla quale fa quindi seguito un verdetto della Corte costituzionale, cui infine succede una decisione del giudice comune volta ad assicurarne l'implementazione nell'esperienza. Ovviamente, è questa una schematica rappresentazione di un fenomeno che può risultare composto da materiali ben più consistenti per numero e varietà di connotati³⁰.

²⁸ Ad es., con riferimento al diritto alle nozze degli omosessuali, il relativo riconoscimento spesso si è avuto ad opera della giurisprudenza, mancando un esplicito appiglio costituzionale al quale fare riferimento, cui ha quindi fatto seguito la sua "razionalizzazione" legislativa. Oscillante e cauta appare poi essere la giurisprudenza europea, complessivamente orientata nel senso di preservare le tradizioni costituzionali invalse nei singoli Stati (riferimenti nei contributi in tema di famiglia e di vita familiare che sono in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno* (2010-2015), a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer-Cedam, Padova 2016, e in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, e *ivi*, part., D. RINOLDI - V. PETRALIA, *sub* art. 9, 160 ss., con amplissima bibl. Per un chiaro quadro di sintesi, v., inoltre, R. CONTI, in molti scritti, tra i quali *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito*, in AA.VV., *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, a cura di A. Ruggeri - D. Rinoldi - V. Petralia, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 75 ss.; infine, volendo, anche il mio *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in [Consulta OnLine](#), 3/2018, 1 ottobre 2018, 511 ss., spec. 519 ss.).

²⁹ Tra gli altri miei scritti in cui se ne tratta può, volendo, vedersi *Trasformazioni della Costituzione e trasformazioni della giustizia costituzionale*, in [www.osservatoriosullefonti.it](#), 2/2018, § 6.

³⁰ Basti solo pensare a quella molteplicità ed eterogeneità di seguiti che possono aversi (e non di rado effettivamente si hanno) nelle aule in cui si somministra la giustizia comune, cui si è fatto poc'anzi cenno.

Il verso della catena poi non è meramente discendente, nel senso appena chiarito. Se ci si interroga a riguardo del modo con cui giunge a maturazione una certa esperienza di giustizia costituzionale, occorre tener conto anche delle sollecitazioni venute alle Corti *materialmente* costituzionali³¹ dai giudici comuni, i quali – come si è qui pure rammentato – aprono e chiudono allo stesso tempo il cerchio entro il quale le esperienze in parola prendono forma. Ed è chiaro che, nel passaggio da una sede all'altra, si hanno pur sempre non secondari aggiustamenti del verso che l'operazione di giustizia intraprende al fine di portarsi alla sua naturale conclusione, espressivi di margini di apprezzamento discrezionale ora più ed ora meno consistenti e tuttavia pur sempre considerevoli.

Se ci s'interroga circa gli apporti che i giudici comuni possono, per la loro parte, dare alla salvaguardia dei diritti fondamentali al piano della relazioni interordinamentali, la risposta si presenta assai disagiata ed impegnativa, dovendosi tenere conto di plurimi fattori la cui presenza in campo riceve proprio dalla giurisprudenza costituzionale numerose, varie, oscillanti testimonianze, al punto da rivelarsi assai arduo e, forse, pure oggettivamente forzoso discorrere di

³¹ L'enfasi data all'avverbio vuole rimarcare che Corti costituzionali *in senso materiale* possono ormai considerarsi (o, per meglio dire, *tendenzialmente* tali sono da considerare) anche quelle europee, per il mero fatto di porsi come istituzionalmente garanti di documenti "tipicamente costituzionali", quali appunto sono le Carte dei diritti, secondo l'esplicito riconoscimento loro fatto da Corte cost. n. 269 del 2017 (con specifico riferimento alla Carta dell'Unione ma con notazione evidentemente generalizzabile). A riguardo del carattere suddetto delle Corti europee, tra gli altri v. O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; O. POLLICINO - V. SCARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti e V. Piccone, Aracne, Roma 2010, 125 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss.; AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, e, da ultimo, G. REPETTO, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in corso di stampa in *Quest. giust.* Risolutamente contrario all'accostamento della Corte dell'Unione alla Corte costituzionale si è dichiarato M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 1/2017, 21 aprile 2017, spec. l'ult. par.

un unitario e chiaro orientamento del giudice costituzionale in materia.

Innanzi tutto, occorre distinguere tra l'indirizzo fin qui maturato (ma, in realtà, *in progress*) con riguardo ai rapporti tra CEDU e diritto interno da quello relativo ai rapporti che quest'ultimo intrattiene col diritto eurounitario (e, specificamente, con la Carta dell'Unione, sì da poter far luogo ad un raffronto col primo indirizzo su basi di omogeneità di oggetto). Si vedrà a momenti che si danno convergenze e divergenze, con la conseguenza che, dall'angolo visuale qui adottato e per le finalità di ricerca perseguite, il quadro si presenta in chiaroscuro, ancora una volta assistendosi a movenze "a fisarmonica" del ruolo del giudice.

3.1. *Gli oscillanti rapporti tra CEDU e diritto interno e le movenze della "fisarmonica" messa in mano ai giudici e... alla stessa Corte*

Sul piano dei rapporti tra norme interne e Convenzione europea, per il modo con cui prendono forma nelle sedi in cui si amministra giustizia, il tratto di maggior rilievo è dato dalla scissione operata dal giudice delle leggi tra diritto convenzionale vigente e diritto di fattura giurisprudenziale. Dapprima la Consulta ha affermato che il vincolo interpretativo per i giudici comuni (e... per la stessa Corte costituzionale) non è da considerare valevole *in toto* nei riguardi delle pronunzie della Corte di Strasburgo bensì va circoscritto alla loro "sostanza"; di poi, a partire dalla sent. n. 49 del 2015, si è precisato che esso riguarda i soli indirizzi giurisprudenziali "consolidati" o le decisioni-pilota, ad essi assimilabili³².

Come si vede, la "dottrina" degli indirizzi consolidati, malgrado le precisazioni fatte nella decisione ora richiamata circa gli indici idonei a darne il riconoscimento, ritaglia pur sempre margini non poco consistenti di manovra a beneficio del giudice comune; allo stesso tempo, però, preserva non minore ampiezza a vantaggio della stessa Consulta, sempre che ovviamente sia chiamata a pronunziarsi sulle antinomie tra legge e Convenzione ovvero, sia pure in casi assai

³² Hanno di recente ripercorso questa vicenda A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. 159 ss. e 171 ss., e lett. *ivi*; P. ROSSI, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, cit., e L. CASSETTI, *La "manipolazione" dell'efficacia delle sentenze della Corte EDU: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la "giustizia del caso singolo"*, cit.

remoti, tra quest'ultima e Costituzione. Margini, poi, resi ancora più evidenti nelle loro dimensioni dalla circostanza per cui, diversamente da ciò che si ha al piano dei rapporti col diritto dell'Unione, il giudice qui non dispone di uno strumento analogo a quello del rinvio pregiudiziale al fine di fare chiarezza in merito ai contenuti degli enunciati della Convenzione e – ciò che praticamente più conta – agli orientamenti interpretativi della Corte europea³³. Potrà, in parte, supplire allo scopo il prot. 16, una volta entrato a regime anche per il nostro Paese; come si sa, tuttavia, lo strumento di consulenza da esso apprestato non è nella disponibilità di tutti i giudici e – ciò che più importa – è solo in parte accostabile, per natura ed effetti, a quello di cui all'art. 267 TFUE.

Sta di fatto che il criterio degli indirizzi “consolidati” è andato soggetto assai di recente ad un significativo temperamento ad opera di Corte cost. n. 43 del 2918³⁴. Non si è, a mia opinione, in presenza del suo deciso abbandono, come potrebbe ad una prima (ma frettolosa) impressione sembrare, ma di un suo aggiustamento nondimeno di non secondario rilievo e gravido di implicazioni certamente sì. Nel momento infatti in cui si sollecitano i giudici a tenere conto di una pronunzia della Grande Camera³⁵ che – come dice la Corte – si pone quale un “*novum*” rispetto all'indirizzo dapprima invalso, ci si avvia speditamente lungo la via che porta alla meta della assegnazione anche alle pronunzie della Corte EDU di un carattere

³³ Dell'uso viepiù intenso fattosi dello strumento e delle opportunità crescenti da esso offerte alla Corte dell'Unione al fine di far valere il proprio punto di vista anche a discapito della normativa nazionale, v., di recente, con specifica attenzione alla giurisprudenza amministrativa, S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2018, 985 ss.

³⁴ ... sulla quale, tra gli altri commenti, v. quelli di A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A e B c. Norvegia*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 marzo 2018; E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in www.federalismi.it, 17/2018, 12 settembre 2018, spec. 20 ss.; F. PEPE, *La Corte costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2/2018, 520 ss. e, nella stessa *Rivista*, A.F. TRIPODO, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, 530 ss., e R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e restituzione degli atti al giudice “a quo” in un pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sent. 269/2017*, in *Giur. cost.*, 2/2018, 861 ss. In tema di *ne bis in idem* v., da ultimo, Corte EDU, 8 novembre 2018, n. 19120/15, *Serazin c. Croazia*.

³⁵ Con ogni probabilità la provenienza della decisione ha qui giocato un ruolo decisivo; occorre tuttavia averne ulteriore riscontro nel prossimo futuro.

“normativo” che fin qui è parso essere appannaggio esclusivo delle decisioni della Corte dell’Unione.

Come si vede, persino in uno stesso ambito materiale di esperienza (qui, quello dei rapporti con la Convenzione e la giurisprudenza convenzionale) la “fisarmonica” appare essere in movimento, con riflessi immediati peraltro nei riguardi delle stesse movenze della Corte costituzionale, se si conviene che il vincolo interpretativo, se e nei limiti in cui vale, è, in via di principio, eguale per tutti.

3.2. I chiaroscuri esibiti dalla giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario, la brusca virata nel senso del “riaccentramento” del sindacato avutasi con Corte cost. nn. 269 del 2017 e 115 del 2018, l’apporto corale offerto dalle Carte e da tutti gli operatori di giustizia alla salvaguardia dei diritti, al di fuori di ogni aprioristica e ingiustificata pretesa di una primauté improponibile nel presente contesto connotato da una integrazione sovranazionale avanzata e dall’infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale

Sul versante dei rapporti col diritto dell’Unione, si è ultimamente registrata una brusca virata della giurisprudenza costituzionale che ha portato ad un vigoroso “riaccentramento” del sindacato in merito alle antinomie tra il diritto stesso e quello interno, segnatamente sul terreno sul quale maturano le esperienze riguardanti i diritti fondamentali.

Due le pronunzie che, ai fini dello studio che si va facendo, acquistano specifico rilievo, peraltro a tutti note, di modo che può ora dirsene con la massima rapidità fermando l’attenzione unicamente sui punti specificamente riguardanti lo studio che si va ora facendo. È interessante, ad ogni buon conto, osservare come la “fisarmonica” possa ugualmente spiegarsi in tutta la sua ampiezza, per plurime ragioni, la prima delle quali è data dal fatto che quanto si viene adesso dicendo riguarda specificamente i casi in cui si tratta di assicurare tutela ai diritti fondamentali, restando altrimenti le antinomie tra le norme dei due ordinamenti

regolate dai canoni usuali, a partire da quello dell'applicazione diretta delle norme sovranazionali *self-executing* che – come si sa – allo stesso tempo valorizza il ruolo del giudice e responsabilizza il singolo operatore, chiamato a far luogo ad accertamenti non di rado di disagevole ed impegnativo riscontro, in occasione del quale nondimeno può avvalersi – come si rammentava poc'anzi – del sussidio offerto dallo strumento del rinvio pregiudiziale.

La prima pronuncia è la già più volte richiamata sent. n. 269 del 2017 che, per i profili qui di specifico interesse, presenta alcuni chiaroscuri che attendono ad oggi di essere fatti oggetto delle necessarie precisazioni, peraltro sollecitate dal giudice della nomofilachia a salvaguardia degli spazi di autodeterminazione che sono da riconoscere agli operatori di giustizia³⁶. In particolare, resta ancora da chiarire quale sia l'ordine giusto di successione della pregiudizialità "comunitaria" e di quella costituzionale e, nel caso che a quest'ultima sia accordata la precedenza, se la prima vada soggetta a limitazioni in relazione ai profili per i quali può farsi valere.

Una nutrita schiera di studiosi si è dichiarata dell'idea che l'ordine fisso dapprima stabilito, che – come si sa – vedeva di necessità la pregiudizialità "comunitaria" precedere la costituzionale, sarebbe stato ribaltato su se stesso, dovendosi pertanto d'ora innanzi dare comunque la precedenza al ricorso alla Consulta³⁷. Ho più volte fatto notare³⁸ di non riuscire a vedere una esplicita

³⁶ Il riferimento è alla già richiamata ordinanza della Cass., II sez. civ., la n. 3831 del 2018, con la quale è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale di cruciale rilievo, ad oggi pendente e fatta oggetto di annotazioni di vario segno [tra gli altri, v. R.G. CONTI, An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018, in *Giudice donna*, in www.giudicedonna.it, 4/2017, 7 aprile 2018; D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in www.questionegiustizia.it, 12 marzo 2018; V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, cit., 298 ss., spec. 324 s., nonché, se si vuole, il mio *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269 del 2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, in [www.Consulta OnLine](http://www.Consulta.OnLine), 1/2018, 23 febbraio 2018, 82 ss.].

³⁷ Così, tra gli altri, G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: preupposti teorici e problemi applicativi*, in www.forumcostituzionale.it, 25 gennaio 2018, e, dello stesso, *Giudici comuni e diritto dell'Unione*

indicazione in tal senso, pur non nascondendomi che a questa sponda possa, prima o poi, approdarsi, qualora la Consulta dovesse persistere nel senso del “riaccentramento” suddetto. Mi auguro però che toni e sostanza dell’indirizzo inaugurato dalla decisione in parola siano fatti oggetto di adeguato ripensamento, se non altro al fine di non inasprire ulteriormente un conflitto sia con la Cassazione che con la Corte eurounitaria, di cui si hanno chiari ed inequivoci segni³⁹.

La lettura da me prospettata e che ai miei occhi appare essere fedele alla lettera della decisione in esame è nel senso che il giudice potrebbe determinarsi come crede circa l’ordine con cui far svolgere le due pregiudizialità. Che poi in molti casi la precedenza debba essere accordata proprio a quella “comunitaria” mi parrebbe provato da un argomento di stretta logica giuridica di cui stranamente né il giudice delle leggi né i benevoli annotatori delle sue decisioni sembrano essersi avveduti, vale a dire che solo *dopo aver interpellato la Corte di giustizia* il giudice comune è messo in grado di stabilire se ricorra la condizione richiesta dalla Consulta perché possa essere proposta una questione di costituzionalità avente ad

europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017, in *Giur. cost.*, 6/2017, 2948 ss.; nella stessa *Rivista* (e sia pure con riferimento a talune ipotesi puntualmente descritte), G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, 2955 ss.; più di recente, v. R. ROMBOLI, *Dalla “diffusione” all’“accentramento”: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2018, I, 2226 ss.

³⁸ Ad es., nel mio *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, cit., § 5.

³⁹ Si vedano, in particolare, la decisione del 20 dicembre 2017, in causa C-322-16, della Corte dell’Unione (*Global Starnet*) e, ora, quella della Grande Sezione del 24 ottobre 2018, in causa C-234/17 (XC, YB e ZA c. Austria) nella quale troviamo risolutamente affermato (p. 44) che, “secondo una costante giurisprudenza della Corte, i giudici nazionali incaricati di applicare, nell’ambito delle loro competenze, le norme del diritto dell’Unione hanno l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale, senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale” [mia, ovviamente, la sottolineatura; mi sono soffermato sul punto nel mio *Colpi di fioretto della Corte dell’Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017 (a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria)*, in www.diritticomparati.it, 3/2018, 8 novembre 2018]. Quanto, poi, alla Cassazione, oltre alla già ricordata ord. di remissione n. 3831, si consideri in particolare la decisa presa di posizione che è nelle pronunzie nn. 12108 e 13678 del 2018 della Cass., Sez. lav., cui fanno ora richiamo anche A. COSENTINO, *Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell’integrazione europea*, in www.questionegiustizia.it, 1 ottobre 2018, e F. FERRARI, *Giudici (di Cassazione) renitenti alla Corte costituzionale*, in www.laCostituzione.info, 8 novembre 2018.

oggetto una norma di legge sospetta di violare, a un tempo una norma della Costituzione ed una della Carta dell'Unione con la prima sostanzialmente coincidente⁴⁰. Ed è chiaro che, laddove la risposta venuta dal giudice eurounitario dovesse contenere indicazioni che avvalorino l'antinomia con norma *self-executing* della Carta suddetta, il giudice non potrebbe sottrarsi all'obbligo di far luogo all'immediata applicazione della norma stessa, senza perciò potersi rivolgere alla Consulta⁴¹.

Come si vede, per la tesi qui nuovamente propugnata, la "fisarmonica" dispone di maggiore capacità di distensione rispetto a quella invece ad essa riconosciuta dalla dottrina che reputa doversi dare la precedenza in modo "secco" alla pregiudizialità costituzionale.

Parimenti più lungo è il raggio di escursione del campo per ciò che attiene all'esercizio della pregiudizialità "comunitaria" in un tempo successivo a quello della pregiudizialità costituzionale.

La Consulta – come si è sopra rammentato – ritiene che il primo possa aversi unicamente "per altri profili" rispetto a quelli fatti valere nell'atto di ricorso alla Consulta. Confermo qui un pensiero già altrove manifestato, vale a dire che mi parrebbe ineccepibile la risoluta presa di posizione adottata dal giudice della nomofilachia con la ord. 3831, peraltro poggiante su ripetute ed inequivoche affermazioni a suo sostegno fatte dalla giurisprudenza eurounitaria, vale a dire che *nessuna limitazione può farsi in merito ai contenuti dell'atto di rinvio pregiudiziale, risultando altrimenti menomato il potere riconosciuto ai giudici dall'art. 267 TFUE*.

⁴⁰ Si consideri, inoltre, la circostanza per cui, pur interpellando in un secondo momento la Corte dell'Unione, il giudice potrebbe da questa ricevere indicazioni tali da smentire quella sostanziale coincidenza di norme violate in cui trova giustificazione il ricorso alla Consulta, con la conseguenza che il verdetto dapprima emesso da quest'ultima verrebbe ad essere delegittimato *ex post* dalla risposta avuta da Lussemburgo. Il conflitto tra le due Corti è, insomma, pur sempre da mettere in conto, pur laddove a quella dell'Unione ci si rivolga – come dichiarato nella 269 – "per altri profili" rispetto a quelli prospettati al giudice costituzionale (così, ancora nelle mie *op. et loc. ult. cit.*).

⁴¹ ... salvo che non s'immagini (ma in prospettiva *de iure condendo*) una deroga alla regola della incidentalità che dia modo al giudice, allo stesso tempo in cui fa subito applicazione della norma della Carta di Nizza-Strasburgo al posto della norma nazionale, di rivolgersi ugualmente alla Consulta al fine di avere la caducazione con effetti *erga omnes* di quest'ultima (ho affacciato questa ipotesi nel mio *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in [Consulta OnLine](#), 1/2018, 23 marzo 2018, 155 ss.).

V'è di più. A mio modo di vedere, non può neppure escludersi la eventualità che il giudice investa dapprima la Consulta di una questione di costituzionalità senza denunciare altresì la violazione della Carta di Nizza-Strasburgo e solo in un secondo momento si avveda del possibile contrasto con la Carta stessa, azionando di conseguenza lo strumento del rinvio⁴². Può anche darsi l'inverso: che si rivolga alla Corte dell'Unione, sospettando che possa essere violata una norma della Carta sovranazionale, e proprio dalla risposta ricevuta tragga indicazioni che lo inducano a temere che possa essere violata la Costituzione. Nessuna di queste eventualità può, per un aprioristico orientamento, essere scartata, così come non può esserlo quella che la norma eurounitaria sia ora *self-executing* ed ora no, per quanto ciò che si è a suo tempo detto trattando della c.d. applicazione diretta della Costituzione e delle altre Carte induca a presumere che siffatto attributo – perlomeno il più delle volte – si abbia.

La seconda pronuncia del giudice costituzionale ai nostri fini specificamente rilevante è quella, come si sa molto discussa, con cui è stata chiusa la partita sul caso *Taricco*, la n. 115 del 2018.

La decisione si segnala per due tratti in essa particolarmente marcati e che denotano, a un tempo, lo spiccato nazionalismo costituzionale di cui la Consulta vuol farsi interprete e, ad esso conseguente, la rivendica gelosa della esclusiva spettanza della sua tutela allo stesso giudice costituzionale.

L'una cosa è resa evidente dallo spostamento⁴³ di prospettiva adottata dalla Corte nel riguardare alla questione già fatta oggetto della domanda di rinvio pregiudiziale con la ord. n. 24 del 2017. La Corte, infatti, reimposta la questione stessa e, anziché puntare – come aveva fatto con la ord. suddetta⁴⁴ – sulle tradizioni

⁴² Ovviamente, condizione necessaria per l'attivazione del rinvio è che la Consulta abbia fatto salva la norma di legge, risultando altrimenti la sua "non applicazione" assorbita dall'annullamento e convertendosi quindi – per riprendere una fin troppo sottile distinzione terminologica introdotta da tempo dalla Consulta – nella "disapplicazione" conseguente all'accertamento del vizio della legge che la subisce.

⁴³ ... mal visto dalla più avvertita dottrina (tra gli altri, C. AMALFITANO - O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, cit.).

⁴⁴ ... in linea con un suggerimento venuto da una sensibile dottrina (M. BASSINI - O. POLLICINO, *The opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven "Deadly" Sins and a Modest Proposal*, in

costituzionali comuni, delle quali è parte integrante il principio di legalità in materia penale, trascurato dalla prima decisione su *Taricco* della Corte dell'Unione, proietta in primo piano sulla scena l'identità costituzionale composta altresì dal principio suddetto e lesa dalla decisione stessa.

Si è fatto in altri luoghi notare che tra le tradizioni in parola e l'identità costituzionale non si dà – quanto meno nel “nucleo duro” da esse posseduto – necessariamente un rapporto di alterità e, dunque, di reciproca esclusione, ciò che fa le une non potendo fare anche l'altra e viceversa⁴⁵. Di contro e di sicuro, *dal punto di vista della Consulta*, non potrebbe immaginarsi (e a ragione) una tradizione alla cui formazione non concorrano altresì (e con centralità di posto) anche i principi

www.verfassungsblog.de, 2 agosto 2017, nonché in www.penalecontemporaneo.it, 13 settembre 2017, e, degli stessi AA., *Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome*, in www.verfassungsblog.de, 5 dicembre 2017, e in www.penalecontemporaneo.it, 11 dicembre 2017).

⁴⁵ La questione è, per vero, animatamente discussa: tra gli altri e di recente, F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013 e, ora, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quad. cost.*, 2/2018, 441 ss.; T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, in www.federalismi.it, 24/2014, 24 dicembre 2014, e, pure *ivi*, G. CAPONI - V. CAPUOZZO - I. DEL VECCHIO - A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti* e, più di recente, G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, cit.; AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, cit.; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss., spec. 805 ss.; L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE... *l'interpretazione dell'“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: la long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in www.federalismi.it, 20/2018, 24 ottobre 2018, spec. §§ 5 e 6. Infine, notazioni di vario segno nei contributi in tema di *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. Faraguna - C. Fasone - G. Piccirilli, in *It. Journ. Publ. Law*, 2/2018. Il mio punto di vista può, se si vuole, vedersi in *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2017, 19 ss.; *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 ottobre 2017, e *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, 549 ss.

che fanno la nostra identità costituzionale⁴⁶. La diversità delle prospettive, nondimeno, non è senza significato, tutt'altro! Facendo leva sull'identità, la Corte tiene a marcare la distanza tra gli ordinamenti, la loro separazione; puntando invece sulle tradizioni, come ha opportunamente e abilmente fatto nell'atto di rinvio, la Corte evidenzia e rimarca gli elementi d'integrazione, convertendo – come s'è fatto da molti notare – un bilanciamento interordinamentale in uno intraordinamentale⁴⁷ e sollecitando vigorosamente il giudice eurounitario a farvi luogo in modo comunque da salvaguardare le aspettative avanzate dal principio di legalità.

Lo spostamento di prospettiva in parola appare, peraltro, funzionale alla manovra di “riaccentramento” del sindacato, di cui si viene dicendo, vale a dire alla riaffermazione del primato della Consulta quale immagine riflessa del primato della Costituzione sul diritto eurounitario laddove risultino minacciati i principi che della legge fondamentale della Repubblica fanno l'essenza, ne danno l'identità appunto. Primato della Costituzione e primato della Corte costituzionale sono, nel pensiero di quest'ultima, una sola, inscindibile cosa, le due facce della medaglia.

È infatti chiaro che, per effetto del riferimento alle tradizioni comuni, non avrebbe potuto escludersi il rilievo del ruolo della Corte dell'Unione quale interprete e garante delle stesse né quello dei giudici comuni, partecipi essi pure, per il tramite dello strumento del rinvio pregiudiziale, delle operazioni volte alla messa a punto semantica delle stesse. Focalizzando invece l'attenzione sull'identità costituzionale, la Corte ritiene di avere la via spianata per proporsi quale esclusivo interprete e garante dell'identità stessa.

In realtà, le cose non stanno affatto così, per plurime ragioni, la prima delle quali è che – come si è fatto in altri luoghi notare – nessun organo, foss'anche il massimo garante della legalità costituzionale, può rivendicare per sé il titolo d'interprete autentico dei principi, giusta la tesi secondo cui “autentica” (nella sua

⁴⁶ Cfr. sul punto G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico*, cit., spec. 798 ss.

⁴⁷ Dei bilanciamenti in discorso si tratta, in termini generali, nel mio *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 1/2011, 1 marzo 2011.

ristretta e propria accezione) può dirsi l'interpretazione che, provenendo da chi dispone del potere d'innovare e se del caso interamente rimuovere l'atto anteriore, ne può per ciò stesso fissare autoritativamente il senso. Se si conviene perciò a riguardo della impossibilità di far oggetto di modifiche per via legale i principi in parola⁴⁸, se ne ha che essi risultano refrattari a soggiacere a siffatta specie d'interpretazione.

Il vero è che i principi, proprio perché espressivi dell'essenza costituzionale, si dispongono per loro indeclinabile vocazione a rendersi partecipi di un gioco senza fine tra tutti i protagonisti della cultura (giuridica e non) della comunità politicamente organizzata, ed anzi nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata non solo non escludono ma – di più – sollecitano anche istituzioni operanti *extra moenia* (e, tra queste, principalmente le Corti europee) a prendere parte al gioco stesso: conseguenza lineare, obbligatoria, questa, del carattere “intercostituzionale” – come lo si è altrove chiamato – della Costituzione (e, *mutatis mutandis*, delle altre Carte), dell'attitudine cioè dei documenti che danno il riconoscimento dei diritti di integrarsi reciprocamente nei fatti interpretativi, secondo la ispirata indicazione al riguardo data da una risalente pronuncia della Consulta, la 388 del 1999, seppur però non portata – come qui pure si viene dicendo – alle sue conseguenti, attese applicazioni.

Se poi si conviene a riguardo del fatto che il riconoscimento dei principi naturalmente rimanda a ciò che v'è di più profondo nel corpo sociale e intensamente avvertito da coloro che lo compongono, è gioco forza ammettere ancora una volta che la loro messa a punto, per le specifiche esigenze dei casi, rimanda a *consuetudini culturali* – come a me piace chiamarle – frutto di apporto corale e testimoniate da comportamenti concludenti parimenti diffusi e radicati nel tessuto sociale.

Non soltanto il riconoscimento dei principi ma anche la loro garanzia non è necessariamente ed esclusivamente devoluta al giudice costituzionale, giusta l'indicazione teorica dietro già data secondo cui nei casi di frontale contrasto di una

⁴⁸ Una tesi, questa, che nondimeno richiede, a mio modo di vedere, di essere complessivamente ripensata, per ragioni che non possono qui essere esplicitate.

norma, interna o esterna che sia, tale da giustificare la qualifica in termini di nullità-inesistenza, può (e deve) lo stesso giudice comune rilevare subito il vizio e determinarsi di conseguenza.

Sta di fatto che la pluralità delle Carte dei diritti gioca naturalmente nel senso di rendere particolarmente oneroso il compito demandato ai giudici, a *tutti* i giudici (costituzionali e non), al fine della loro ottimale salvaguardia, alle condizioni oggettive di contesto: un compito, dunque, assai impegnativo e non di rado sofferto, specie laddove – come si diceva – si tratti di risolvere questioni di biodiritto, al quale tuttavia nessun operatore può sottrarsi. Non è, dunque, facendo luogo ad improponibili rivendicazioni di un impossibile primato dell'una sull'altra Carta e/o dell'una sull'altra Corte che le questioni stesse possono essere a modo affrontate; di contro, è solo muovendo dalla duplice premessa della parità delle Carte, riconosciute perciò idonee a giocarsi ogni volta la partita nello sforzo da ciascuna di esse prodotto di offrire sul mercato dei diritti la migliore mercanzia, e della necessaria e leale cooperazione degli operatori che si può andare alla ricerca della soluzione più adeguata al caso, che peraltro assai di frequente appare essere non già idonea ad appagare a pieno i diritti e, in genere, gli interessi meritevoli di tutela in campo bensì a far pagare agli stessi il minor costo possibile, specie nella presente congiuntura segnata da plurime e gravi emergenze (da quella economica a quella terroristica, da quella rappresentata dal fenomeno delle migrazioni di massa a quella ambientale, ecc.) che obbligano i diritti e i beni della vita in genere a forte contrazione del loro formidabile potenziale espressivo.

4. Ancora dell'interpretazione conforme, del suo carattere "plurale", della impossibilità di stabilire "graduatorie" di sorta tra le sue manifestazioni (a seconda che si volgano verso la Costituzione, il diritto internazionale, il diritto eurolunitario), della conseguente sottolineatura del ruolo esercitato da chi è chiamato a farvi luogo

L'espansione del ruolo del giudice, ad ogni buon conto, piaccia o no alla giurisprudenza costituzionale, naturalmente consegue al contesto in cui s'inscrive e

svolge la sua opera, al frequente affollamento dei beni della vita evocati in campo dal caso e bisogni, quale più quale meno, di protezione, alla varietà delle tecniche decisorie di cui gli operatori dispongono, nonché alla loro attitudine ad intervenire in modo mirato e incisivo sui materiali normativi portati al loro esame.

Si torni a riflettere, solo per un momento ancora, sulla interpretazione conforme, un tempo considerata valevole esclusivamente sul versante dei rapporti Costituzione-legge ed oggi invece bisognosa di essere declinata al plurale, dovendosi orientare altresì verso il diritto internazionale e il diritto eurounitario. La qual cosa fa crescere le difficoltà, già di per sé insite nello strumento, e, con esse, porta appunto a far espandere l'area degli apprezzamenti discrezionali del giudice. Ancora una volta, poi, questa conclusione vale anche per la Corte, ulteriormente avvalorandone la delicatezza del ruolo, specie nelle più spinose e rilevanti questioni di diritto costituzionale.

Determinare, poi, quanto "pesa" – se così può dirsi, sia pure con larga approssimazione – il ruolo di ciascun operatore dipende da una previa opzione metodico-teorica che, a sua volta, rimanda ad una questione di fondo, di cruciale rilievo per la teoria costituzionale.

In breve (e facendo rinvio per maggiori ragguagli a studi altrove portati a compimento), si tratta di stabilire se si dia, o no, un ordine gerarchico fisso nel porre in essere le operazioni d'interpretazione conforme e, perciò, in buona sostanza, tra i relativi esiti.

Al quesito possono darsi risposte diverse (e, anzi, di segno opposto) a seconda che la questione sia ambientata *al piano della teoria delle fonti* ovvero a quello della *teoria della interpretazione*.

Per l'una, assumendosi in tesi la esistenza di limiti costituzionali opponibili all'ingresso delle norme internazionali ed eurounitarie in ambito interno, dovrebbe dirsi che l'interpretazione conforme a diritto internazionale vada incontro alla osservanza della interpretazione conforme ai soli principi costituzionali (quanto a quella orientata verso le norme generalmente riconosciute) e a tutta la Costituzione (per le norme pattizie, eccezion fatta di quelle concordatarie ed eurounitarie). Per

ciò che qui specificamente interessa, dunque l'interpretazione conforme a CEDU sarebbe obbligata a prestare rispetto all'interpretazione conforme a Costituzione in genere, l'interpretazione conforme alla Carta di Nizza-Strasburgo invece unicamente a quella orientata verso i principi fondamentali.

Per la seconda, invece, qualsivoglia ordine gerarchico di formale fattura e giudicato valevole per sistema è cosa priva di senso. Lo è, in partenza, a motivo del riconosciuto carattere – come si è veduto – “tipicamente costituzionale” di ogni Carta dei diritti, come tale ripugnante all'idea della loro sistemazione piramidale; ma lo è anche a prescindere da siffatto connotato, per la elementare ragione che sono gli stessi documenti in parola a dichiarare di voler rifuggire da una sistemazione siffatta, puntando piuttosto all'affermazione, nei limiti consentiti dal caso e dal contesto in cui esso s'inscrive, della massima tutela possibile dei diritti in campo⁴⁹.

Per strano che possa per più versi sembrare, sono le stesse fonti in parola, proprio per la peculiare funzione (e – starei per dire – missione) alla quale sono chiamate, a respingere l'idea che si dia rilievo alle... *fonti* stesse, dovendosi piuttosto (ed esclusivamente) guardare alle loro *norme*, per il modo con cui si compongono in sistema⁵⁰ e riportano ai valori, in vista della loro ottimale

⁴⁹ L'art. 53 sia della CEDU che della Carta dell'Unione fa infatti esplicito richiamo – come si sa – del canone del massimo *standard*; implicitamente esso è altresì accolto, a mio modo di vedere, dalla Carta costituzionale, segnatamente agli artt. 2 e 3, giusta la tesi secondo cui ogni principio fondamentale (e, particolarmente appunto quelli componenti la coppia assiologica fondamentale dell'ordinamento) tende alla sua massima espansione possibile, se del caso allo scopo attingendo anche a materiali di origine esterna veicolati in ambito interno dal principio di apertura al diritto internazionale e sovranazionale, di cui agli artt. 10 e 11 della Carta. E non è inopportuno rammentare che un accorto utilizzo del canone in parola è patrocinato – a mia opinione, con assai dubbia coerenza con se stessa – dalla stessa giurisprudenza costituzionale sulla CEDU (a partire dalla sent. n. 317 del 2009), pur prospettandosene la operatività a beneficio della legge a dispetto della Convenzione, senza dunque prefigurarsene la generale valenza (se del caso, perciò, persino a beneficio della Convenzione sulla stessa Costituzione).

⁵⁰ L'idea di “sistema” è ricorrente nella giurisprudenza costituzionale (*ex plurimis*, decc. nn. 236 del 2011; 264 del 2012; 1, 85, 170 e 202 del 2013; 10 e 49 del 2015; 63 del 2016; 124 e 269 del 2017), ed è giusto che sia così; è pur vero, però, che, puntando l'attenzione non già soltanto sul singolo diritto (e le norme che specificamente lo riguardano) bensì sull'insieme dei beni della vita, individuali e collettivi, evocati in campo dal caso si allargano gli spazi di manovra per l'operatore, sia esso il giudice comune e sia pure lo stesso giudice costituzionale. Non possiamo, dunque, nasconderci che l'idea in parola possa prestarsi a strumentali utilizzi più ancora di quelli che comunque potrebbero aversi non dandovi rilievo.

implementazione nell'esperienza.

La teoria delle fonti (perlomeno una *certa* teoria di formale fattura) non può spiegare (e trova anzi innaturale) il fatto che l'interpretazione conforme ad una fonte "subcostituzionale", quale la CEDU, possa prevalere sull'interpretazione conforme ad una fonte di rango "paracostituzionale" o costituzionale *tout court*, qual è la Carta dei diritti dell'Unione. Eppure, se così non fosse, si violerebbe la Carta stessa che ciò prescrive di fare, assoggettandosi da se medesima all'interpretazione orientata verso la Convenzione⁵¹, salvo tuttavia il caso che, restando entro l'*hortus conclusus* del documento eurounitario, si riesca ad innalzare il livello della tutela dei diritti in gioco⁵².

La scelta è, dunque, come si diceva, di campo, dovendosi stabilire se tenersi dal corno formale-astratto ovvero da quello assiologico-sostanziale dell'alternativa. Non possono esservi mezze misure, scorciatoie, innaturali miscugli di ordine metodico-teorico.

L'interpretazione è sempre un'operazione comunque scivolosa e connotata da un tasso assai elevato di soggettività; lo è, poi, più ancora quando si moltiplica e ramifica, intraprendendo vie diverse e non necessariamente convergenti. È tuttavia chiaro che un'interpretazione governata nelle sue movenze da canoni d'ispirazione formale-astratta, qual è quello della ordinazione per sistema delle tre specie d'interpretazione qui considerate, fa correre minori rischi di una deriva soggettivistica di quelli ai quali va invece incontro una interpretazione retta da un canone di natura assiologico-sostanziale pura, qual è appunto quello della ricerca del massimo *standard* di tutela.

Piaccia, o no, quest'esito è però inevitabile: lo impone – se ci si pensa – l'idea stessa di Costituzione che – come sappiamo – è quella di offrire protezione ai diritti, dar modo agli stessi di affermarsi *magis ut valeant*, attingendo perciò allo

⁵¹ In tema, ora, ora, N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, FrancoAngeli, Milano 2018, 65 ss.

⁵² Curioso – come si è mostrato in altri luoghi – questo andare avanti e indietro del processo interpretativo, questo suo sdoppiarsi: dapprima, facendo luogo all'interpretazione della Carta dell'Unione rivolta verso la Convenzione, poi della prima rinchiusa in se stessa, infine confrontando gli esiti raggiunti e stabilendo se optare per l'uno o per l'altro corno dell'alternativa.

scopo a tutti i materiali disponibili, *quale che ne sia la origine o la forma*.

Ci si avvede così che *negare la centralità del ruolo del giudice non è altro che negare la stessa Costituzione nella sua essenza*. Che poi il giudice stesso debba far un uso estremamente oculato e vigilato degli strumenti di cui dispone e che debbano darsi perciò i rimedi adeguati contro le deviazioni di cui se ne abbia riscontro nella pratica è persino banale qui ribadire. Ma ciò vale ancora di più – ammesso, e non concesso, che possano farsi ancora una volta ordinazioni gerarchiche tra i ruoli e le responsabilità connesse al loro esercizio – per la Corte costituzionale, quale organo usualmente considerato di “chiusura” del sistema, abilitato a porre decisioni comunque non soggette ad impugnazione alcuna (art. 137, ult. c., cost.).

Siamo sicuri, però, che le cose stanno davvero così?

5. Giurisprudenza europea e giudicato: il banco di prova sul quale, una volta di più, si misura ed apprezza la “fisarmonica” giurisprudenziale

Ci si avvede così che i nodi vengono al pettine nel momento in cui si torna a riflettere sulla tenuta di categorie teoriche ed istituti dalle stesse riguardati che, a conti fatti, rimandano essi pure ad un certo modo d’intendere e far valere la Costituzione, in particolare la categoria della certezza del diritto e l’istituto del giudicato, in ciascuna delle sue peculiari espressioni nei vari rami del diritto e dell’esperienza giuridica.

Senza che se ne possa ora dire con il dovuto approfondimento e circoscrivendo l’esame al solo punto qui di specifico, cruciale rilievo, ancora una volta nella giurisprudenza costituzionale si rinvencono plurime tracce della fluidità e mobilità del ruolo del giudice, specie in considerazione delle attività che è chiamato a svolgere al piano delle relazioni interordinamentali, così come si hanno rilevanti testimonianze delle lesioni presenti nella poderosa costruzione, d’ispirazione formale-astratta, del giudicato ereditata da una risalente e nobile tradizione teorica.

Ancora una volta, è nella pluralità delle Carte (e delle Corti che ne sono garanti) la radice da cui si alimentano spinte di vario segno e intensità che portano

naturalmente all'esito di rivedere antiche e solide credenze, un tempo giudicate indiscutibili e tuttavia non più riproponibili con l'avvento di Costituzioni, quale la nostra, che presentano carattere "intercostituzionale", nel senso sopra precisato. D'altronde, è nel DNA stesso della Costituzione, nell'accezione che le è propria negli ordinamenti di tradizioni liberali⁵³, essere posta al fine di dare riconoscimento e tutela a diritti fondamentali, oltre che a dare riconoscimento di doveri inderogabili: la sola *certezza del diritto* che, dal punto di vista della Costituzione, ai miei occhi appare avere pregio è, dunque, quella che si dimostra idonea a risolversi, specie nelle più spinose vicende della vita, in *certezza dei diritti*, spianando il terreno perché la loro salvaguardia possa, come deve, essere effettiva.

E che così sia, è avvalorato da un pur rapido raffronto, ora fatto a volo d'uccello, tra il punto di diritto enunciato dalla giurisprudenza costituzionale in ordine agli effetti prodotti sul giudicato penale da sopravvenienti e contrarie pronunzie della Corte europea rispetto a quelli che invece possono aversi a carico del giudicato civile e di quello amministrativo. Nell'un caso, in considerazione del peculiare rilievo dei beni della vita in gioco (in ispecie, della libertà personale), la Corte spiana senz'altro la via alla revisione del processo svoltosi in violazione dei canoni per esso stabiliti dall'art. 6 della Convenzione (sent. n. 113 del 2011)⁵⁴; nel secondo, invece, la soluzione della revisione è giudicata come possibile (e, forse, anche preferibile, perlomeno al ricorrere di certe condizioni) ma non, appunto, obbligata (sentt. nn. 123 del 2017, 6 e 93 del 2018⁵⁵). Ogni determinazione al

⁵³ Non riprendo qui la vessata questione se possano fregiarsi del nome di "Costituzione" anche documenti normativi venuti alla luce in ordinamenti che non abbiano le medesime tradizioni (su ciò, v., part., A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994).

⁵⁴ Si tenga, peraltro, presente che l'obbligo della revisione del processo non è considerato dalla Corte EDU imposto dalla Convenzione (Grande Camera, *Moreira Ferreira c. Portogallo*, 11 luglio 2017, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di S. BERNARDI, *La grande Camera di Strasburgo sulle competenze della Corte in materia di esecuzione delle sentenze europee da parte degli Stati: una scelta di self restraint?*, 10 novembre 2017) né lo è dalla Corte di giustizia, Grande Sezione, 24 ottobre 2018, in causa C-234/17, cit., in caso di violazione, oltre che della CEDU, della Carta dei diritti dell'Unione e della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen.

⁵⁵ Numerosi i commenti spec. alla prima pronunzia: tra gli altri, R.G. CONTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in [Consulta OnLine](http://ConsultaOnLine), 2/2017, 29 giugno 2017; nella stessa Rivista, A. RANDAZZO, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 del 2017*

riguardo spetta – ci dice la Corte – al legislatore. È giusto che sia così, per quanto non ci si possa nascondere che ogni soluzione diversa da quella della *restitutio in integrum* offra un ristoro dove più dove meno inappagante. La qual cosa, per vero, induce a pensare che – ferma la discrezionalità del legislatore nell’allestimento dei rimedi idonei a colmare le strutturali carenze dei meccanismi di adeguamento dell’ordine interno alla Convenzione – occorre, fin dove possibile, dare la precedenza alle soluzioni idonee ad attutire i danni causati ai diritti, se non proprio a rimuoverli del tutto. Consigliabile, dunque, una disciplina-quadro, connotata da indicazioni duttili ed essenziali, *per principia*, che quindi si rimettano ai giudici per ciò che attiene alla produzione delle regole maggiormente congeniali ai casi⁵⁶. Il punto è però cosa fare per il caso che dovesse ulteriormente perdurare la latitanza del legislatore nel far luogo alle necessarie integrazioni e correzioni della disciplina in atto vigente. Si può accedere all’ordine di idee che lacune di costruzione lasciate scoperte dal legislatore siano colmate per intero dal giudice?

La questione possiede generale valenza, riguardando tanto la disciplina della organizzazione quanto quella sostantiva, nei limiti peraltro in cui possano essere tenute fino in fondo distinte⁵⁷. Con riferimento a quest’ultima disciplina, nel

della Corte costituzionale), 3/2017, 15 novembre 2017, 460 ss.; E. D’ALESSANDRO, *L’attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2/2018, 711 ss.; C. NARDOCCI, *Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato amministrativo e civile. L’orientamento della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 18/2018, 26 settembre 2018. Di R.G. CONTI, v., poi, ora, per una organica riconsiderazione dei seguiti alle decisioni della Corte EDU con specifica attenzione alla giurisprudenza di quest’ultima, *La giurisprudenza civile sull’esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei diritti dell’uomo*, relaz. al 50° Corso di studi su *L’esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo ed il margine di apprezzamento*, Perugia 26-27 ottobre 2018, in *paper*. Si è ampiamente discusso del tema in occasione delle Giornate su *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, cit., spec. durante i lavori della seconda sessione (dedicata a *Giudizi di convenzionalità, tipologia delle decisioni delle Corti non nazionali e loro efficacia in ambito nazionale*), introdotti per il nostro Paese dalla relaz. di L. CASSETTI, dietro già richiamata.

⁵⁶ Una densa riflessione sul punto è nello scritto da ult. cit. di R.G. CONTI, spec. §§ 10 ss.

⁵⁷ La questione è stata – come si sa – animatamente discussa con specifico riguardo alla disciplina costituzionale, con particolare attenzione alla vessata *querelle* relativa alla soglia non valicabile dagli atti di revisione costituzionale (sui limiti entro cui può predicarsi la separazione tra la “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”, v., almeno, M. LUCIANI, *La “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”. Notevole brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Cedam, Padova 1985, 497 ss., e G. SILVESTRI, *I principi e le istituzioni: i rapporti tra prima e seconda parte della Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il*

presente contesto connotato dalla fioritura di nuovi diritti⁵⁸ e dalle pretese crescenti di appagamento che ad essi si accompagnano, viepiù vistosi e gravi appaiono essere i ritardi e le complessive carenze della legislazione, non di rado dovuti alle divisioni esistenti nelle stesse forze politiche componenti la maggioranza di turno, oltre che in genere nella società, che concorrono per la loro parte a rendere viepiù marcato e manifesto il difetto di rappresentatività dei rappresentanti, unitamente al mancato possesso da parte di molti di essi di un grado apprezzabile di cultura istituzionale e alle volte – ahimé – persino di cultura *tout court*⁵⁹.

Sta di fatto che l'effetto di rimbalzo di questo stato di cose è un sovraccarico di aspettative e di pressioni che vengono a gravare sui giudici, alle quali gli stessi si sforzano di far fronte come possono, pur nella difficile e per taluni aspetti proibitiva condizione in cui quotidianamente operano.

L'espansione del loro ruolo fa, dunque, tutt'uno con la sovraesposizione alla quale si trovano frequentemente soggetti. D'altronde, la stessa Corte costituzionale non ha mancato di rilevare, con non celato disappunto, di trovarsi obbligata a far

costituzionalista riluttante. *Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, a cura di A. Giorgis - E. Grosso - J. Luther, Einaudi, Torino 2016, 291 ss.).

⁵⁸ Qui, dovrebbe riproporsi l'annosa, micidiale questione relativa al loro riconoscimento e, dunque, alla distinzione rispetto a pretese soggettive pur vigorosamente avanzate e tuttavia inidonee ad esser qualificate come "diritti" costituzionali, nella ristretta e propria accezione del termine. Se ne è tornati a discutere non molto tempo addietro, in occasione del convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Cassino il 10 e 11 giugno 2016, su *Cos'è un diritto fondamentale?*, i cui Atti, curati da V. Baldini, sono stati editi dalla Editoriale Scientifica, Napoli 2017; ho in questa circostanza manifestato il convincimento, quindi ulteriormente precisato altrove, secondo cui occorra al riguardo far riferimento a *consuetudini culturali* di riconoscimento diffuse e radicate a fondo nel corpo sociale (v., dunque, il mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, nel vol. sopra cit., 337 ss., nonché in [Consulta OnLine](#), II/2016, 30 giugno 2016, 263 ss.). In tema, v., di recente, M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2018.

⁵⁹ In argomento, tra gli scritti ormai incontenibili, per numero e varietà di svolgimenti, venuti in tempi antichi e recenti alla luce, segnalo qui solo, per lo specifico interesse presentato in relazione al tema qui oggetto di studio, AA.VV., *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, a cura di A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015; AA.VV., *Rappresentanza e globalizzazione*, a cura di C. Bassu e G.G. Carboni, Giappichelli, Torino 2016; i contributi al Seminario su *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa*, Catania 3-4 aprile 2017, in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2017, e all'incontro di studio su *Crisi della rappresentanza e metamorfosi della funzione giurisdizionale*, Catania 8-9 novembre 2018, in *paper*; v., inoltre, utilmente, A. COSSIRI, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sopranazionale. I fattori normativi*, FrancoAngeli, Milano 2018, e AA.VV., *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, a cura di P. Bilancia, Giappichelli, Torino 2018.

luogo ad un ruolo di “supplenza” – come suole essere chiamato – “non richiesto e non gradito”⁶⁰. Il fenomeno possiede, dunque, generale valenza e, al fine di essere rappresentato come si deve, obbligherebbe ad approfondimenti che farebbero deviare questa riflessione dal solco entro cui è tenuta a stare.

Per restare qui alla specifica questione del superamento del giudicato, è dunque da mettere in conto che, dopo le indicazioni date dalla Consulta in relazione alle materie civile ed amministrativa, possano aversi iniziative giudiziarie intraprese da soggetti che abbiano avuto riconosciute dalla Corte europea le loro ragioni, lese in sede processuale, allo scopo di averne la effettiva e piena tutela. Al riguardo, è stata prospettata la tesi, nei cui riguardi mi sono già altrove espresso favorevolmente⁶¹, secondo cui potrebbe configurarsi il diritto al risarcimento del danno conseguente ad omissioni assolute del legislatore; ed è chiaro che, specie laddove dovessero aversi ricorsi seriali favorevolmente valutati in sede giudiziaria, se ne avrebbe una pressione formidabile a carico del legislatore, così indotto a risvegliarsi dal suo annoso letargo.

D'altronde, sanzioni giustificate in comportamenti sia attuosì che non attuosì degli organi produttori di norme possono essere comminate – come si sa – tanto dalla Corte dell'Unione quanto dalla Corte di Strasburgo. Non mi pare, perciò, che si dia alcun ostacolo in partenza a che uno scenario siffatto possa profilarsi anche in ambito interno. L'obiettivo – è evidente – non è tanto quello di garantire un ristoro economico ad un soggetto leso dalla omissione legislativa, ciò che molte volte (specie in relazione ai diritti della personalità) è provato essere

⁶⁰ Questo pensiero è stato manifestato dal Presidente della Corte *pro tempore*, G. ZAGREBELSKY, in occasione della Conferenza stampa del 2004, e riferito alla mancata adozione di un'adeguata disciplina legislativa in attuazione del nuovo Titolo V, a seguito del suo rifacimento nel 2001. Come si viene dicendo, appare però suscettibile di estensione anche ad altri ambiti materiali di esperienza.

⁶¹ Così, R. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”: in particolare il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 87 ss.; il mio scritto, adesivo sul punto, è *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale (a proposito di un libro recente)*, in www.dpce.it, 3/2015, 13 novembre 2015, spec. al § 7.

comunque inappagante⁶²; è, piuttosto, l'altro – come si è venuti dicendo – di indurre il legislatore a rimediare all'omissione stessa, ponendo quindi mano, sia pur tardivamente, a quella produzione normativa alla quale avrebbe dovuto già da tempo far luogo, quanto meno appunto nei casi in cui l'illegittimità del comportamento omissivo risulti acclarata da una o magari da ripetute pronunzie del giudice europeo.

Particolarmente delicata appare essere la questione in relazione al risarcimento conseguente al mancato ripianamento di lacune legislative riscontrate in sede di giudizio di costituzionalità.

Qui, in realtà, dovrebbero distinguersi ipotesi diverse, dal momento che il carattere doveroso dell'attività legislativa si riscontra – com'è noto – assai di frequente nella giurisprudenza costituzionale, in decisioni tanto di rigetto quanto di accoglimento. Dal punto di vista degli effetti, tuttavia, non è la stessa cosa che un accertamento siffatto si abbia in una pronunzia della prima specie corredata da un monito ovvero in una della seconda, tanto più poi laddove quest'ultima dovesse presentarsi come imperfetta, nel senso sopra precisato trattando delle additive di principio, ed abbisogni pertanto di essere urgentemente integrata e svolta dal legislatore.

Sta di fatto, comunque, che la Consulta non dispone, diversamente dalle Corti europee, del potere di comminare altresì sanzioni pecuniarie; e dubito che possa da se medesima dotarsene nel silenzio delle norme che ne regolano il funzionamento.

Ciò che non può fare la Corte, può però fare il giudice, sempre che risulti provato che la lesione del diritto soggettivo consegue *in via diretta, immediata e necessaria* alla omissione legislativa. Ancora una conferma – come si vede – del rilievo del ruolo del giudice, qui per vero non discendente da una esplicita presa di posizione della Consulta ma conseguente ad indicazioni dalla stessa date in merito agli adempimenti gravanti sul legislatore, per il caso che agli stessi non dovesse farsi luogo.

⁶² Sul punto, ancora R.G. CONTI, *op. et loc. ult. cit.*

Questioni di estrema delicatezza si pongono, poi, in relazione al giudicato costituzionale, per ciò che attiene alle sue sorti in presenza di sopravvenienti e contrarie pronunzie delle Corti europee.

Come si accennava poc'anzi, l'intangibilità dello stesso è categoricamente affermata dall'art. 137, ult. c., cost., che verosimilmente costituisce un principio fondamentale dell'ordinamento o, comunque, una norma disposta a presidio dei principi fondamentali e dell'intera Costituzione. Nessun principio, tuttavia, come sappiamo, si sottrae alla sua eventuale (e però pressoché ricorrente) partecipazione ad operazioni di bilanciamento con altri principi, così come ogni diritto costituzionale può trovarsi chiamato dai casi a doversi soppesare con altri diritti⁶³. L'unico "metapprincipio" che governa il modo di porsi di ciascun principio in relazione con gli altri nei singoli casi è – come si è veduto – quello della ricerca del massimo *standard*, vale a dire della ricerca della massima affermazione della Costituzione come "sistema", anche nelle sue proiezioni al piano dei rapporti interordinamentali, laddove esso si presenta come un "sistema di sistemi".

Il giudicato costituzionale, in conclusione, sembra esso pure passibile di superamento ma non nei termini in cui ciò vale per i giudicati restanti. La revisione del processo costituzionale, con specifico riguardo ai giudizi sulle leggi⁶⁴, sembra, infatti, preclusa dal carattere immediato della perdita di effetti delle norme

⁶³ ... eccezion fatta, per la tesi qui nuovamente confermata, del diritto alla dignità, quale autentico valore "superconstituzionale", come lo si è in altri luoghi definito [a partire da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; v., inoltre, volendo, le ulteriori precisazioni che sono nel mio *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in [Consulta OnLine](#), 2/2018, 3 giugno 2018, 392 ss. Si sono rifatti a questa indicazione, tra gli altri, C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Giappichelli, Torino 2011, 239 ss., e L. PEDULLÀ, *La dignità della persona nel prisma delle giurisdizioni*, in *Ann. dir. cost.*, Bononia University Press, Bologna 2017, 125 ss., spec. 157 ss. Si sono invece dichiarati dell'avviso che anche la dignità possa soggiacere ad operazioni di bilanciamento, part., M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss., del quale v. inoltre, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, cit., 1270 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.* 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss.].

⁶⁴ Per giudizi diversi, quali quelli resi sui conflitti di attribuzione, la conclusione ora enunciata sembra non poter valere, mancando per essi un disposto normativo analogo a quello dell'art. 136.

dichiarate costituzionalmente illegittime. Potrebbe tuttavia prospettarsi il caso, già altrove prefigurato, che il legislatore riproduca⁶⁵ la legge già caducata dalla Consulta e che quest'ultima, nuovamente adita, faccia salvo l'atto riproduttivo, ancorché affetto dai medesimi vizi del precedente, qui anzi aggravati dalla violazione del giudicato⁶⁶, proprio a motivo della "copertura" di cui esso beneficia ad opera della decisione della Corte europea. Il che vale come riconoscere, ancora una volta, la disponibilità della Costituzione a soggiacere ad operazioni di bilanciamento con altri documenti "tipicamente costituzionali" in vista però pur sempre dell'ottimale appagamento della... Costituzione stessa, nei suoi valori fondamentali positivizzati, in ispecie in quelli più direttamente facenti capo alla persona umana.

Tutto ciò – com'è chiaro – passa attraverso riscontri che sono chiamati ad effettuare sia i giudici comuni che la Corte; riscontri – come si è venuti dicendo – di estremo impegno e gravidi di implicazioni trattandosi qui di decidere delle sorti dello stesso giudicato costituzionale quale "luogo" ultimo di garanzia degli stessi giudicati restanti⁶⁷.

⁶⁵ ... e, volendo dare il giusto seguito alla pronuncia della Corte europea, *debba* riprodurre.

⁶⁶ ... al cui accertamento, peraltro, la stessa giurisprudenza costituzionale ritiene che debba darsi la precedenza rispetto ad ogni altra questione posta nell'atto introduttivo del giudizio di costituzionalità (v., tra le altre, sentt. nn. 350 del 2010, 245 del 2012, 72 del 2013, 5 e 31 del 2017, 101 del 2018).

⁶⁷ ... in ispecie laddove essi siano fatti oggetto di ricorsi in sede di conflitti di attribuzione.