

Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario

diretta da
MARIO P. CHITI e GUIDO GRECO

COMITATO SCIENTIFICO

Vittorio Angiolini	Alberto De Roberto	Giuseppe Morbidelli
Aldo Bozzi	Ermilio Ferrari	Claudia Morviducci
Marco Cammelli	Vincenzo A. Franceschelli	Bruno Nascimbene
Roberto Caranta	Claudio Franchini	Valerio Onida
Paolo Caretti	Giorgio Gaia	Filippo Patroni Griffi
Elio Casetta	Vittorio Italia	Eugenio Piccozza
Sabino Cassese	Alessio Lanzi	Claudio Sacchetto
Vincenzo Cerulli Irelli	Carlo Malinconico	Antonio Saggio
Enzo Cheli	Giovanni Mangione	Domenico Sorace
Giovanni Cocco	Anna Marzanati	Girolamo Strozzi
Marco D'Alberti	Nicoletta Marzona	Giuseppe Tesaurò
Paolo De Carli	Alberto Massera	

CORRISPONDENTI ESTERI, DALLE ISTITUZIONI COMUNITARIE E NAZIONALI

B. De Witte; J. Dutheil de la Rochère; S. Flogaitis; J. Jowell; S. Muñoz Machado; A. Preto;
G. Vilella; A. Weber.

COMITATO DI REDAZIONE

G. Stansfield (Coordinatrice)

M. Antoniolì; N. Bassi; M. Bonini; M. Cartabia; G. F. Cartei; E. Chiti; G. Chiti; S. Faro;
D. U. Galetta; C. Leone; L. Linberti; P. F. Lotito; R. Mastrolanni; F. Martinez; F. Pestellini;
A. Presti; L. Scambiatò; G. Stansfield; G. Tassoni; D. M. Traina.

Le redazioni della Rivista sono in:

- Milano, P.le Lavater 5

Tel. (02) 29531722 - Fax (02) 29406687

E-mail: rivista@greco-muscardin.it

- Firenze, via Lorenzo il Magnifico, n. 83

Tel. (055) 400788 - Fax (055) 4633747

A tali indirizzi devono essere inviati manoscritti, pubblicazioni per recensioni, ecc.

Direttore responsabile: Guido Greco

La rivista si pubblica con il contributo del C.N.R.

Giuffrè editore

MARIO SAVINO

IL CAMMINO INTERNAZIONALE DELLA CORTE COSTITUZIONALE DOPO LE SENTENZE N. 348 E 349 DEL 2007

Sommario: 1. Premessa. — 2. L'oggetto e il contesto delle pronunce. — 3. Il principio di legalità internazionale. — 3.1. Il passato: i tre percorsi del «neodualismo». — 3.2. Il presente: il problema dell'ambito di applicazione. — 3.3. Il futuro: il problema dell'ambito di applicazione. — 4. Il principio di supremazia costituzionale. — 4.1. Una nuova tecnica di «dialogo nascosto» con i giudici ultra-statali? — 4.2. Gli effetti orizzontali: l'impatto sull'equilibrio istituzionale. — 4.3. Gli effetti verticali: la Corte costituzionale nel dialogo giudiziale multi-livello. — 5. Conclusioni.

1. PREMessa.

Con le sentenze n. 348 e 349 dell'ottobre 2007, la Corte costituzionale ha modificato le condizioni di apertura dell'ordinamento domestico al diritto internazionale pattizio. In virtù del richiamo agli obblighi internazionali contenuto nel primo comma dell'art. 117 Cost., la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (Cedu) è divenuta una fonte di rango superiore alla legge. Il legislatore non potrà più eludere i precetti derivanti dalla Cedu, pena l'annullamento della disposizione di legge contraria ad opera della Corte costituzionale. Quando, infatti, l'antinomia tra precetti internazionali e norme interne non sia risolvibile dai giudici comuni in via interpretativa, spetterà al giudice delle leggi utilizzare quelle fonti esterne come norme interposte nel giudizio di costituzionalità per assicurare la prevalenza sul diritto interno contrario. Il vincolo domestico all'osservanza delle norme internazionali è sottoposto ad un'unica riserva: la compatibilità con il dettato costituzionale.

La Corte costituzionale ha così chiarito, a sei anni di distanza dalla modifica del Titolo V, la portata innovativa dell'art. 117, co. 1, ponendo fine ad un prolungato dibattito. Non a caso, l'attenzione dei commentatori si è concentrata, da un lato, sulla scelta della Corte costituzionale di ricondurre la Cedu all'art. 117 (invece che agli articoli 10 o 11 Cost.) e, dall'altro, sulle implicazioni più immediate, attinenti all'efficacia domestica della Cedu ed al ruolo dei giudici (comuni e costituzionali) nel garantirne l'osservanza (1).

Più in ombra è rimasto, invece, l'esame delle implicazioni — oggetto di questa trattazione — riguardanti l'apertura agli «obblighi internazionali» richiamati dal primo comma dell'art. 117, cioè al diritto internazionale pattizio in generale. Alcuni studiosi enfatizzano i pericoli insiti nel nuovo orientamento, sostenendo che un'indiscriminata apertura al diritto convenzionale finirebbe per compromettere la certezza del diritto e sminuire il ruolo della Corte costituzionale (2). Altri, al contrario, criticano i limiti dell'apertura, ritenendo che la riserva di compatibilità delle norme della Cedu con il dettato costituzionale sia ispirata ad una malintesa esigenza di difesa della sovranità statale, e che tale riserva potrebbe ostacolare il livellamento verso l'alto della tutela multilivello dei diritti (3). Altri ancora, specie tra gli internazionalisti,

(1) Tra i contributi che esaminano l'impatto del nuovo orientamento sul valore della Cedu nell'ordinamento domestico si segnalano: T.F. GRUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e «controllimiti allargati»: che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte «sub-costituzionale» del diritto*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), A. GUZZAROTTI-A. COSSIRI, *La Cedu nell'ordinamento italiano: la Corte costituzionale fissa le regole?*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), e B. RANDAZZO, *Costituzione e Cedu: il giudice delle leggi apre una «finestra» su Strasburgo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 25 ss.

(2) M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 205, segnala il rischio di vedere la Consulta ridotta «al rango di Corte «regionale», chiamata a risolvere questioni di diritto solo nei (raramente sempre meno numerosi) interessi nei quali il diritto convenzionale e quello comunitario non penetrano».

(3) Cfr. A. RUGGERI, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astriata e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistemico* (a prima lettura di Corte cost. n. 348 e 349 del 2007), in *Forum dei Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 7, secondo il quale la Corte costituzionale ripropone, nelle due sentenze, una «logica» ispirata ad una rigida separazione degli ordinamenti, prestandosi ad «alzare in ogni tempo il ponte levatoio della sovranità statale». In senso analogo, R. CALVANO, *La Corte costituzionale e la Cedu nella sentenza n. 348/2007: orgoglio e pregiudizio*, in *Giur. it.*, 2008, 577 s. Di diverso avviso è, invece, C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della Cedu e delle leggi con essa confliggenti*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti* (www.associazionedecostituzionalisti.it).

più prudentemente sottolineano la indeterminatezza delle due sentenze sia riguardo al significato da attribuire agli «obblighi internazionali» coperti dall'art. 117 Cost. (4), sia rispetto al primato della Costituzione sulle norme pattizie (5).

Per valutare le conseguenze prodotte, sotto questo profilo, dalle sentenze dell'ottobre 2007, occorre muovere dal seguente dato, che emerge da entrambe le pronunce: d'ora in avanti, le «valvole» destinate a regolare il processo di osmosi tra ordinamento interno e ordinamento internazionale sono, da un lato, il *principio di legalità internazionale*, che comporta la prevalenza delle norme internazionali sulle leggi interne; dall'altro, il *principio di supremazia costituzionale*, che subordina l'efficacia vincente delle norme internazionali al rispetto della Costituzione. Nelle pagine seguenti, si tenterà di analizzare l'incidenza di tali principi sia sul versante interno alla giurisprudenza costituzionale (par. 3), sia sul versante dei rapporti interistituzionali: in orizzontale, sull'equilibrio tra i poteri dello Stato (par. 4.1); in verticale, sul dialogo con le corti europee e globali (par. 4.2). L'obiettivo ultimo è individuare le strettoie e le biforcazioni che la Corte costituzionale incontrerà lungo il nuovo cammino internazionale intrapreso (6). Prima di procedere, occorre richiamare il contenuto essenziale delle pronunce n. 348 e 349 del 2007 e le ragioni, per così dire, contingenti che le hanno ispirate.

2. L'OGGETTO E IL CONTESTO DELLE PRONUNCE.

La questione di costituzionalità affrontata nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007 riguarda la normativa italiana in materia

(4) Si vedano, in particolare, G. GARA, *Il limite costituzionale del rispetto degli «obblighi internazionali»: un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 136 ss.; B. CONFORITI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giur. it.*, 2008, 569 ss.; e R. DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'articolo 117, primo comma, della Costituzione*, in *Federalismi.it*.

(5) Cfr. E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 138 ss. spec. 142; e C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione*, in *Rubrica Studi di Consulta Online* (www.giurcost.org/studi/studienw.html), 7 s.

(6) La locuzione, utilizzata anche nel titolo, rievoca quella impiegata, in riferimento al diritto comunitario, nel noto scritto di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2406 ss.

di espropriazione e di occupazione acquisitiva, nella parte in cui riconosce(va) al privato il diritto a ricevere una indennità sensibilmente inferiore al valore di mercato del bene sottratto (7). A più riprese, la Corte di Strasburgo aveva dichiarato quella disciplina incompatibile con le norme della Cedu che tutelano il diritto di proprietà (8). Da questa violazione « strutturale » della Cedu avrebbe dovuto conseguire, oltre al risarcimento del danno subito dai soggetti espropriati, anche la rimozione di quelle norme da parte del legislatore (9). Nell'inezia del Parlamento, la questione di legittimità è giunta all'attenzione della Corte costituzionale.

La Consulta avrebbe potuto limitarsi ad affermare che il compito di bilanciare i contrapposti interessi costituzionali in gioco (il diritto di proprietà e l'utilità sociale del bene) è riservato al legislatore. La stessa Corte, in passato, aveva ritenuto la disciplina in questione compatibile — sia pure in ragione del suo carattere transitorio — con il dettato costituzionale (10). Un simile

(7) La sentenza n. 348 ha ad oggetto la costituzionalità dell'art. 5-bis del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, nella parte in cui, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, prevede un criterio di calcolo dell'indennità fondato sulla media tra il valore dei beni e il reddito dominicale rivalutato. Nella sentenza n. 349, la disposizione controversa è il comma 7-bis del medesimo art. 5-bis (come modificato dall'art. 3 della l. 23 dicembre 1996, n. 662), nella parte in cui non garantisce ai soggetti che subiscono una occupazione acquisitiva (cioè una sottrazione del bene preordinata a fini di pubblica utilità, ma non preceduta da un regolare provvedimento di espropriazione) un risarcimento del danno commisurato al valore venale del bene. Su questi aspetti si rinvia ai commenti di V. MAZZARELLI, *Corte costituzionale e indennità di esproprio: « serio ristoro » e proporzionalità dell'azione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 32 ss., e M. PACINI, *Corte costituzionale e occupazione acquisitiva: un adeguamento soltanto parziale alla giurisprudenza Cedu*, *ivi*, 37 ss.

(8) In particolare, con l'art. 1 del Protocollo n. 1 allegato alla Cedu. La Corte di Strasburgo ha stabilito, per un verso, che il diritto di proprietà del privato non può essere bilanciato con un interesse pubblico, quando tale bilanciamento avvenga mediante comportamenti illegali della pubblica amministrazione, come nel caso dell'occupazione appropriativa (tra le altre, Corte di Strasburgo, 30 ottobre 2003, *Belvedere Albergheira c. Italia*); per altro verso, che l'ammontare dell'indennità di esproprio, non essendo ragionevolmente connesso al valore di mercato del bene, non realizza un accettabile compromesso tra il pubblico interesse e l'esigenza di tutela del diritto di proprietà (Corte di Strasburgo, 17 maggio 2005, *Scordino* n. 3).

(9) Artt. 41 e 46 Cedu.

(10) In tal senso, Corte cost., sentenza 16 giugno 1993, n. 283, per ciò che attiene all'indennità da esproprio, e Corte cost., sentenza 30 aprile 1999, n. 148, ove le censure di illegittimità della disciplina sul risarcimento del danno per occupazione acquisitiva sono state respinte in base a due argomenti: il primo è che l'art. 42 della Costituzione italiana non esige la previsione di un risarcimento integrale in caso di occupazione acquisitiva; il secondo è che l'accentuata riduzione del risarcimento è prevista da una normativa legislativa transitoria (dunque, applicabile solo per un periodo determinato di tempo) ed è giustificata da ragioni di emergenza finanziaria. Questo orientamento è stato ribadito in

atteggiamento di *deference* nei confronti del potere legislativo, già sperimentato anche in riferimento ad altre ipotesi di contrasto con la Cedu (11), avrebbe salvaguardato il monopolio del legislatore sul bilanciamento tra gli interessi individuali e collettivi contemplati nell'art. 42 della Costituzione, preservandolo dall'ingerenza di giudici esterni.

Sennonché una decisione di questo tipo avrebbe prodotto almeno due esiti indesiderati. Innanzi tutto, avrebbe lasciato aperto il problema della violazione sistematica delle norme Cedu perpe-trata dal legislatore (in materia di diritto di proprietà, ma non solo) (12). La normativa interna sarebbe, infatti, rimasta in vigore a dispetto delle esplicite condanne della Corte di Strasburgo e, dunque, in aperta violazione degli obblighi assunti con l'adesione alla Cedu. Da tali obblighi, infatti, discende un chiaro vincolo a carico del legislatore: il bilanciamento tra interessi e diritti fondamentali deve avvenire all'interno degli argini — cioè degli *standard* minimi di tutela — fissati dalla Convenzione.

Il secondo esito indesiderato è meno evidente, ma non meno importante. Negli ultimi anni, alcuni giudici di merito, constatata l'indisponibilità della Corte costituzionale a riconoscere piena efficacia vincolante alla Cedu, avevano messo a punto una strategia di « aggiramento »: in caso di violazione legislativa della Convenzione accertata dalla Corte di Strasburgo, invece che sollevare la questione di costituzionalità, avevano cominciato a disapplicare la norma interna contraria alla Cedu (13). L'autorevole avallo di

Corte cost., sentenza 4 febbraio 2000, n. 24, nonché nelle ordinanze 22 ottobre 1999, n. 396, 3 luglio 2000, n. 251, e 7 maggio 2002, n. 158.

(11) Si vedano, ad esempio, Corte cost., 29 gennaio 1981, n. 17, e Corte cost., 13 maggio 1993, n. 235.

(12) In riferimento al problema specifico, si veda il monitoraggio svolto al governo italiano dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa: RESDH(2007)3, *Violations systématiques par l'Italie des droits de propriété par le biais des « expropriations indirectes »*, 14 febbraio 2007. Si vedano anche la prima relazione annuale della Presidenza del Consiglio sull'applicazione della Cedu (www.governo.it/governoinformi/dossierrelazione_contenuto_de/index.html) e la relazione di accompagnamento della proposta che ha portato all'approvazione della legge 9 gennaio 2006, n. 12, recante disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, ove si ricorda che « alla data del 28 aprile 2004, circa il 70 per cento dei 3.700 casi di sentenze definitive non eseguite pendenti di fronte al Comitato dei Ministri riguardavano l'Italia ».

(13) Uno dei primi esempi è Trib. Genova, sent. 4 giugno 2001, in *Foro it.*, 2001, I, 2653. Uno degli ultimi casi è, invece, App. Firenze, sez. I civile, sentenza 14 luglio 2006, n. 1403, con il commento di M. PACINI, *Verso la disapplicazione delle disposizioni legislative contrarie alla Cedu?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 386 ss. Sul tema, si veda anche B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in questa Rivista, 2002, 1303 ss.

questa prassi da parte del giudice di legittimità (14) ha fatto risuonare nelle sale della Consulta un campanello d'allarme. Perseverando nel suo «*judicial minimalism*» (15), la Corte costituzionale avrebbe finito per alimentare il filo diretto tra i giudici di Strasburgo e i giudici comuni: avrebbe, cioè, implicitamente autorizzato quella «*“delega di bilanciamento”*» tra interessi contrapposti [...] derivata dai giudici comuni ricorrendo a Strasburgo senza nessun bisogno di invocare alcun sindacato interno di costituzionalità» (16). Sarebbe, così, rimasta ai margini del dialogo giuridico europeo sui diritti fondamentali ed avrebbe, di fatto, abdicato al suo ruolo di supremo custode dei valori fondamentali dell'ordinamento.

Anche per questo, la Corte costituzionale, facendo leva su una lettura «internazionalista» dell'art. 117, co. 1, Cost., ha stabilito che il mancato rispetto delle norme della Cedu, nella interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, determina una violazione diretta dell'art. 117 Cost. e, quindi, l'incostituzionalità della disciplina interna contraria. In tal modo, i giudici costituzionali hanno rotto l'accerchiamento, imponendosi come interlocutori necessari sia dei giudici comuni, obbligati, in caso di antinomie, a sollevare la questione di costituzionalità, sia dei giudici di Strasburgo, le cui decisioni, per produrre effetti vincolanti nell'ordinamento interno, devono a loro volta superare il vaglio di costituzionalità. Il medesimo intento — di porre termine alla prolungata auto-emarginazione dal dialogo giuridico europeo — ha indotto la Corte costituzionale, di lì a poco, ad assumere un'altra fondamentale decisione: quella di utilizzare, per la prima volta nella

(14) Ci si riferisce, in particolare, a Cass., sezioni unite, sent. 23 dicembre 2005, n. 28507. Nelle ordinanze di remissione della stessa Cassazione, d'altra parte, si esclude che il giudice ordinario possa disapplicare la normativa contrastante con la Cedu. Su tali ordinanze, si vedano i commenti raccolti in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGLIOTTO, P. VERONISI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007.

(15) Si allude alla tendenza dei giudici costituzionali a richiamare di volta in volta la Cedu come ausilio interpretativo, senza impegnarsi in affermazioni di principio sulla sua valenza giuridica. Questo approccio presenta analogie con il *judicial minimalism* della Corte Suprema statunitense, propensa anch'essa ad adottare decisioni con impatto circoscritto al caso di specie. Per un ricostruzione del dibattito su tale orientamento, C. R. SONSTEIN, *One Case At A Time: Judicial Minimalism On the Supreme Court*, Cambridge, 1999, e ID., *Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*, New York, 2005.

(16) A. GUAZZAROTTI, *I giudici comuni e la Cedu alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quadr. cost.*, 2003, 25 ss., che illustra la strategia dell'aggravamento qui sinteticamente evocata.

sua storia, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia previsto dall'art. 234 del Trattato Ce (17).

Charite le ragioni immediate che hanno ispirato le scelte compiute dalla Corte costituzionale, occorre ora esaminare il contenuto e le implicazioni dei due principi — di legalità internazionale e di supremazia costituzionale — su cui poggia il nuovo orientamento.

3. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ INTERNAZIONALE.

La novità principale contenuta nelle sentenze dell'ottobre 2007 è l'affermazione della prevalenza del diritto internazionale su quello domestico. Il principio di legalità internazionale segna, da un lato, l'adesione della Corte costituzionale ai dettami dell'internazionalismo liberale (18) e, dall'altro, il definitivo superamento dell'impostazione «dualista» per la quale la Corte costituzionale aveva inizialmente optato (19). Non si è trattato, però, di una svolta repentina: una linea di continuità lega, infatti, il nuovo orientamento a quella pluri-decennale evoluzione giurisprudenziale che, sviluppata in modo costante sotto alcuni profili e con andamento carsico sotto altri, ha indotto la Corte costituzionale a rivisitare in chiave internazionalista l'impostazione originaria (par. 3.1). Volgendo lo sguardo al presente, la diversa impostazione riscontrabile nelle due sentenze dell'ottobre 2007 si

(17) Corte giust., ordinanza 13 febbraio 2008, n. 103, su cui v. anche *infra*, par. 4.3, sub a). È stato, così, rovesciato il precedente orientamento, risalente a Corte cost., ordinanza 28 luglio 1972, n. 206, consacrato in Corte cost., ordinanza 15 dicembre 1995, n. 536, dopo una isolata apertura (Corte cost., ordinanza 8 aprile 1991, n. 168). Per una ricostruzione della giurisprudenza e del dibattito sull'argomento, M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia italiana*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana: avvicinati, dialoghi, dissonanze*, Napoli, 2006, 99 ss.

(18) Per la tesi secondo cui le democrazie consolidate sarebbero più propense a riconoscere la vincolatività delle norme internazionali, A. M. BUREY, *Law Among Liberal States: Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine*, in *Columbia Law Review*, 1992, vol. 92, 1907 ss., e A. M. SLAUGHTER, *International Law in a World of Liberal States*, in *European Journal of International Law*, 1995, vol. 6, 503 ss. Contra, T. GINSBURG, *Locking in Democracy: Constitutional Commitment and International Law*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2006, vol. 38, n. 4, 101 ss., spec. 105, ove si sostiene che una spiccata propensione ad accogliere il principio di legalità internazionale sia rilevabile nelle democrazie in via di consolidamento.

(19) Nella prima decisione riguardante le norme internazionali pattizie (Corte cost., sentenza 12 maggio 1960, n. 32), queste vengono collocate, nella gerarchia domestica delle fonti, allo stesso livello (legislativo) dell'atto interno di adattamento, con la conseguente sottoposizione alla regola della successione delle leggi nel tempo.

riflette sul piano della tecnica prescelta per assicurare la prevalenza del diritto internazionale sulle norme interne incompatibili: l'opzione in favore del sindacato accentrato di costituzionalità è chiara; tuttavia, il ricorso alla disapplicazione non sembra escluso in radice (par. 3.2). Infine, guardando al futuro, l'adozione del principio di legalità internazionale pone la Corte costituzionale di fronte alla necessità di chiarire quale e quanta parte del diritto internazionale sia destinata a penetrare nell'ordinamento interno per il tramite dell'art. 117 (par. 3.3).

3.1. *Il passato: i tre percorsi del « neo-dualismo ».*

Vari filoni della giurisprudenza costituzionale pregressa testimoniano l'ambizione della Corte costituzionale a conciliare l'idea della separazione tra gli ordinamenti con l'osservanza del diritto internazionale. Questa ambizione nasce dalla tensione, quasi subito rilevata dalla Corte, tra l'impostazione dualista, inizialmente accolta, e l'esigenza di rispettare gli accordi internazionali (20). Nella logica dualista, la dequotazione del principio *pacta sunt servanda* è evidente. Non solo il diritto internazionale non esiste come tale nell'ordinamento statale e, perciò, in mancanza di un ordine interno di esecuzione, è condannato all'inosservanza. Ma, soprattutto, anche in caso di recepimento, quel principio degrada a mero vincolo di opportunità: in base al criterio della successione delle leggi nel tempo, la legge successiva deroga a quella anteriore, per cui il legislatore è libero — dal punto di vista del diritto interno — di non rispettare le norme internazionali pattizie (fatte salve, ovviamente, le eventuali conseguenze previste dal diritto internazionale).

Posta di fronte a questo problema, la Corte costituzionale ha da tempo elaborato e portato avanti una composita strategia, d'ispirazione « neo-dualista » (21), che si articola in tre filoni giuri-

(20) La contrapposizione tra « monismo » e « dualismo », pur avendo scarso rilievo pratico (in tal senso, B. CONFORTI, *Notes on the Relationship between International Law and National Law*, in *International Law Forum*, 2001, vol. 3, 18), è qui funzionale ad uno schematico inquadramento dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. Sul rilievo assegnato alla dicotomia monismo-dualismo nella scienza giuridica internazionale, cfr. A. CASSISE, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, Mulino, 1984, 24 ss.

(21) In questi termini, F. SALERNO, *Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. dir. internazionale*, 2006, 340 ss.

spresdenziali, ciascuno dei quali ha trovato nelle sentenze dell'ottobre 2007 un decisivo sviluppo.

a) Il primo filone riguarda le condizioni di efficacia delle norme internazionali nell'ordinamento interno. Dopo aver affermato, già negli anni Sessanta del XX secolo, che l'efficacia domestica delle norme internazionali non è subordinata alla loro riproduzione, essendo sufficiente un ordine di esecuzione (22), nei decenni successivi, la Corte consolida questa prima apertura. Da un lato, riconosce che le norme di diritto internazionale, una volta eseguite, possono essere direttamente applicabili, se produttive di obblighi a contenuto individuale. Dall'altro, afferma che la portata delle norme internazionali deve essere valutata in rapporto ai parametri non dell'ordinamento interno (c.d. rinvio recettizio), ma dell'ordinamento d'origine (23) (c.d. rinvio mobile) (24). Una delle conseguenze è che la natura *self-executing* o meno di una disposizione internazionale dipende dall'interpretazione che di essa fornisce il giudice competente nell'ordinamento d'origine.

In continuità con questo primo filone si pone l'affermazione, contenuta nelle sentenze n. 348 e 349, secondo cui le pronunce della Corte dei diritti di Strasburgo hanno efficacia vincolante per il legislatore domestico. Se è vero, infatti, che la portata pre-cettiva delle norme internazionali deve essere valutata in base ai criteri (e dagli organi) dell'ordinamento d'origine, ne deriva che il diritto internazionale deve essere applicato a livello domestico tenendo presente l'interpretazione fornita dal suo giudice « naturale », cioè quello internazionale competente. Questo principio valeva già per il diritto comunitario (25). E vale, ora, anche per la Cedu.

Già in passato la Corte costituzionale aveva operato frequenti richiami alle pronunce della Corte dei diritti di Stra-

al quale si rinvia per una più approfondita analisi dell'orientamento neo-dualista che affiora nella giurisprudenza costituzionale precedente alle pronunce del 2007.

(22) Corte cost., sentenza 10 marzo 1966, n. 20, punto 3.

(23) Corte cost., sentenza 30 luglio 1997, n. 288, punto 7, ove si legge che il diritto internazionale non può essere interpretato « alla luce del diritto interno ».

(24) In base a questa impostazione, « le norme di rinvio in questione richiamano le regole straniere nel valore che hanno (od avranno) nel loro sistema originario »: così, G. BARILE, *Costituzione e rinvio mobile a diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale*, Padova, 1987, 11.

(25) Si vedano Corte cost., sentenza 19 aprile 1985, n. 113, e Corte cost., sent. 11 luglio 1989, n. 389, nonché, di recente, Corte cost., sent. 13 luglio 2007, n. 284.

sburgo (26), implicitamente riconoscono la «funzione interpretativa eminente» (27). Con le sentenze n. 348 e 349, quel riconoscimento diviene esplicito. Il nesso che lega la vincolatività delle pronunce della Corte di Strasburgo al principio per cui il diritto internazionale penetra nell'ordinamento domestico alle condizioni previste dal trattato istitutivo viene ribadito in entrambe le pronunce: il vincolo giurisprudenziale trova il suo fondamento non in una previsione domestica, ma nell'art. 32 della Cedu, che affida appunto alla Corte di Strasburgo la funzione di interpretare le norme della Convenzione (28). Così, al pari del diritto comunitario, anche il diritto convenzionale, allorché penetra nell'ordinamento nazionale, porta con sé il regime di validità definito nell'ordinamento d'origine (29).

b) Un secondo filone della giurisprudenza costituzionale in materia riguarda l'integrazione delle norme internazionali nell'ordinamento interno attraverso lo strumento interpretativo. La regola è quella della presunzione di conformità: per evitare l'indebitamento dello Stato, i giudici devono interpretare il diritto interno in modo conforme al diritto internazionale.

Prima dell'ottobre 2007, la Corte costituzionale aveva espressamente enunciato l'esistenza di un vero e proprio obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario (30). Qualche importante apertura era, però, emersa anche in riferimento al diritto internazionale, in particolare in materia di diritti fondamentali. Nel 1999, la Corte costituzionale aveva asserito che, sebbene le norme dettate dalle convenzioni regionali e universali sui diritti umani non abbiano rango costituzionale, «al di là della coinci-

denza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione» (31). Proprio sulla base di tali aperture, la Corte di cassazione è giunta, nel 2004, a prospettare l'esistenza in capo ai giudici di merito dell'obbligo di interpretare le norme interne tenendo conto delle decisioni della Corte di Strasburgo (32).

Le sentenze n. 348 e 349 del 2007 completano questo percorso, stabilendo che i giudici nazionali, in quanto «giudici comuni della Convenzione», devono interpretare il diritto domestico in conformità alle norme e alla giurisprudenza della Cedu (33). Si tratta di uno sviluppo importante per almeno due motivi. In primo luogo, la Corte chiarisce che il rispetto dei vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali», che l'art. 117 Cost. espressamente impone al legislatore, genera un vincolo di secondo grado anche a carico dei giudici e delle amministrazioni: gli uni e le altre sono tenuti a privilegiare una lettura del diritto interno che sia compatibile con il diritto convenzionale, al fine di garantire la *compliance* dello Stato (34). In secondo luogo, si profila una netta divisione dei compiti tra giudici comuni e giudici costituzionali. Nelle parole della Consulta, «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme»; tuttavia, «qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire questa Corte» (35). Ai giudici comuni compete, perciò, assicurare in via ordinaria l'osservanza delle norme internazionali, dovendo essi chiamare in causa la Corte costituzionale solo quando lo strumento interpretativo si riveli insufficiente a risolvere le antinomie (36).

(26) Corte cost., sentenze 16 aprile 2004, n. 120, 26 maggio 2004, n. 154, 7 luglio 2005, n. 299 e 16 febbraio 2006, n. 61.

(27) L'espressione è impiegata in Corte cost., sent. n. 348/2007, punto 4.6.

(28) Esprime riserve su questa impostazione, M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, cit., 203.

(29) Il problema se l'effetto di vincolo derivi anche dalle sentenze della Corte di Strasburgo nelle quali l'Italia non sia parte va risolto anch'esso alla luce delle norme Cedu, ed in particolare dell'art. 46, ai sensi del quale «Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti». Sull'efficacia delle sentenze della Corte di Strasburgo, P. PIRRONI, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004, e B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, cit., 295 ss.

(30) Corte cost., sentenza 13 giugno 2000, n. 190, punto 5.3.

(31) Corte cost., sentenza 22 ottobre 1999, n. 388, punto 2. In proposito, M. RUOTolo, *La «funzione eminentemente» delle convenzioni sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2000, 291 ss.

(32) Cass., sez. un. civ., sentenze 26 gennaio 2004, nn. 1338, 1339, 1340 e 1341.

(33) Corte cost., sent. n. 349/2007, punto 6.2.

(34) In tal senso, già F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in questa *Rivista*, 2005, 86 s.

(35) Corte cost., sent. 349/2007, punto 6.2 (corsivo aggiunto).

(36) In tal modo, il nostro giudice costituzionale si avvicina alla posizione assunta dal Tribunale federale tedesco, senza, però, trarne tutte le implicazioni: in una decisione del 2004 sull'osservanza della Cedu, i giudici costituzionali tedeschi sono giunti ad affer-

c) L'ultimo percorso «neo-dualista» riguarda il rango delle norme internazionali nella gerarchia delle fonti. Dei tre illustrati, questo era — al momento dell'adozione delle sentenze n. 348 e 349 — il meno consolidato.

Nella prospettiva dualista tradizionale, le norme internazionali si collocano sullo stesso piano dell'atto interno di recepimento (in genere, un atto legislativo), con la conseguenza che una legge successiva può senz'altro modificarle o abrogarle, rendendo lo Stato inadempiente rispetto agli obblighi internazionali. Per evitare questo esito, la Corte costituzionale italiana ha adottato nel tempo soluzioni formalmente diverse, ma tutte, di fatto, tendenti ad assegnare alle norme internazionali un valore superiore alla legge.

Nel caso delle norme internazionali generalmente riconosciute, la sovraordinazione rispetto alla legge era già prevista in Costituzione (art. 10, co. 1) (37). La Corte, perciò, si è limitata a qualificarle come fonti di rango costituzionale (38), sottoponendole al solo limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento (39).

La collocazione delle norme comunitarie al di sopra della legge è, invece, opera dei giudici costituzionali. Sulla base del richiamo all'art. 11 Cost., tali norme «rimangono estranee al sistema delle fonti interne, cosicché esse non possono, a rigor di logica, essere valutate secondo gli schemi predisposti per la soluzione dei conflitti tra le norme del nostro ordinamento» (40). Si

mare che è compito della stessa Corte costituzionale vigilare sul rispetto dell'obbligo di interpretazione conforme da parte dei giudici comuni. Cfr. Tribunale costituzionale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*), Order of the Second Senate of 14 October 2004, 2 BvR 1481/04, par. 30: «The binding effect of a decision of the ECtHR extends to all state bodies and in principle imposes on these an obligation [...] to end a continuing violation of the Convention and to create a situation that complies with the Convention. [...] A complainant may challenge the disregard of this duty of consideration as a violation of the fundamental right whose area of protection is affected in conjunction with the principle of the rule of law».

(37) Sulle ragioni storiche che hanno spinto l'Italia e la Germania, dopo le rispettive dittature, ad inserire una simile clausola in Costituzione, L. FERRARI BRAVO, *International and Municipal Law: the Complementarity of Legal Systems*, in R.S. McDONALD-D.M. JOHNSTON (a cura di), *The Structure and Process of International Law*, De Hague, 1983, 728 ss.

(38) Cfr. Corte cost., sentenza 29 gennaio 1996, n. 15, punto 2.

(39) Corte cost., 12 giugno 1979, n. 48, punto 3.

(40) Corte cost., sent. 5 giugno 1984, n. 170, punto 4, ove anche l'espressa esclusione delle norme comunitarie dal novero delle fonti legislative. Quanto alla impossibilità di assegnare alle stesse rango costituzionale, Corte cost., sentenza 31 marzo 1994, n. 117, punto 2.

tratta, dunque, di norme riconducibili ad una «competenza atipica», che prevalgono sulle leggi contrarie mediante disapplicazione di queste ultime. L'unico limite al primato del diritto comunitario è la inviolabilità dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale (41).

Quanto alle norme internazionali pattizie, la Corte costituzionale sembrava aver optato per una collocazione analoga. In una sentenza del 1993, si legge che le norme della Cedu e del Patto internazionale per i diritti civili e politici (42) sono «norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria» (43). In base a tale presa di posizione, le norme convenzionali venivano dotate di resistenza passiva ed impiegate come supporto interpretativo del parametro costituzionale. La pronuncia è, però, rimasta isolata, perché la premessa sulla quale si fondava — cioè la riconduzione del diritto internazionale pattizio ad una «competenza atipica» implicitamente sovraordinata alla legge di esecuzione — era priva di copertura costituzionale. Nelle decisioni successive, la Corte si è arroccata su posizioni più prudenti, asserendo che le norme Cedu non si collocano a livello costituzionale e che, perciò, non possono essere assunte come parametro di costituzionalità (44). Tuttavia, la tesi della resistenza passiva delle fonti pattizie all'abrogazione da parte di leggi successive non è stata mai espressamente disconosciuta. La Corte ha preferito eludere la questione del rango delle disposizioni convenzionali, rifugiandosi nella constatazione che i principi da esse stabiliti ed i principi costituzionali nella sostanza coincidono (45). La nuova formulazione dell'art. 117, co. 1, Cost. ha riproposto la questione della collocazione

(41) Da ultimo, Corte cost., sent. 13 luglio 2007, n. 284.

(42) Adottato il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea generale dell'Onu e ratificato con legge 25 ottobre 1977, n. 881.

(43) Corte cost., sentenza 19 gennaio 1993, n. 10, punto 2.

(44) Corte cost., sentenze 16 dicembre 1980, n. 188; Conformi, *ex plurimis*, Corte cost., sent. 5 luglio 1990, n. 315 e 22 ottobre 1999, n. 388.

(45) La Corte costituzionale ha più volte rilevato la «sostanziale coincidenza» o «significativa assonanza» tra i principi costituzionali e i principi ricavabili dalle norme pattizie, desumendone esplicitamente o implicitamente l'irrelevanza del problema del rango delle disposizioni convenzionali. Si vedano, tra le decisioni più recenti, Corte cost., sentenze 22 ottobre 1999, n. 388, 22 luglio 1999, n. 342, 27 luglio 2000, n. 376 e 12 novembre 2002, n. 445.

delle norme pattizie, ma, fino all'ottobre 2007, la Corte costituzionale l'ha accuratamente evitata (46).

Con le sentenze n. 348 e 349 la situazione di incertezza viene rimossa: in virtù del richiamo contenuto nell'art. 117 Cost., le fonti internazionali pattizie — e, tra queste, la Cedu — vengono collocate in posizione intermedia tra la legge e la Costituzione (47). Con un duplice corollario: che il legislatore non può modificare o abrogare le norme internazionali pattizie; e che, in caso di contrasto tra una norma internazionale pattizia e una disposizione di legge, la Corte può utilizzare la prima come norma interposta nel giudizio di costituzionalità sulla seconda (48). Il nuovo art. 117, co. 1, Cost. ha, così, consentito alla Consulta di riannodare le fila del discorso avviato nel 1993 e, al contempo, di superarne le incongruenze.

In tal modo, si è finalmente chiarita la portata dell'art. 117, co. 1, Cost. Dopo la modifica intervenuta nel 2001, la scienza giuridica si era divisa sul significato da assegnare a questa disposizione. Secondo alcuni, l'art. 117 Cost. non intendeva modificare le condizioni di apertura dell'ordinamento interno al diritto internazionale pattizio, limitandosi a confermare i vincoli già previsti dagli artt. 10 e 11 Cost. L'obiettivo della nuova norma sarebbe stato solo quello di parificare i limiti gravanti sulla potestà legislativa statale e regionale (49). Secondo altri, invece, il nuovo art. 117 Cost. avrebbe comportato un adattamento automatico: avrebbe, cioè, consentito l'ingresso automatico nell'ordinamento delle norme internazionali pattizie, allo stesso modo in cui l'art. 10, co. 1, determina l'adattamento automatico al diritto internazionale generalmente riconosciuto (50). Infine, secondo un punto di vista intermedio, il primo comma dell'art. 117 avrebbe modificato i rapporti tra fonti interne ed esterne assicurando la prevalenza delle norme internazionali sulle leggi interne attraverso un

(46) Si veda, ad esempio, Corte cost., ordinanza 14 dicembre 2005, n. 464, ove si esclude che una norma Cedu possa assumere il valore di norma parametro.

(47) Corte cost. sent. n. 348/2007, punto 4.5.

(48) Sulla eterogenea categoria delle norme interposte, M. SICILARI, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, Padova, 1992.

(49) Per questa lettura «minimalista» o «continuista», E. CANNIZZARO, *La riforma «federalista» della Costituzione e degli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, 926 ss., e C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, 145 ss.

(50) A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in *Rass. parlam.*, 2002, 916 ss.

meccanismo di adattamento (non automatico), fondato — al pari di quello previsto dall'art. 10, co. 2, Cost. per i trattati internazionali relativi agli stranieri — sul potere della Corte costituzionale di annullare le disposizioni interne contrarie alle norme internazionali (51).

Nelle due sentenze del 2007, si accoglie quest'ultima lettura, al contempo confermandosi — in continuità con la giurisprudenza costituzionale pregressa (52) — la non riconducibilità della Cedu ad altre disposizioni costituzionali. Quanto all'art. 2 Cost. — inteso come norma aperta al riconoscimento di nuovi diritti fondamentali (53) e come clausola di rinvio al catalogo di diritti della Convenzione (54) — le due sentenze ne escludono la rilevanza, senza spiegarne le ragioni. Sulla possibilità di qualificare le norme della Cedu come principi del diritto internazionale generalmente riconosciuto, riconducendole, così, all'art. 10, co. 1, Cost. (55), la Corte si limita a ricordare che essa «ha costantemente affermato che l'art. 10, primo comma, Cost. [...] concerne esclusivamente i principi generali e le norme di carattere consuetudinario» (56). Infine, quanto all'art. 11 Cost. (57), i giudici costituzionali escludono sia che dall'adesione alla Cedu derivi una «limitazione della sovranità nazionale» (58) (ma qui sarebbe stato opportuno distinguere tra *limitazioni* e *cessioni* di sovra-

(51) Questa la tesi avanzata, tra i primi, da B. CONFORTI, *Note sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro it.*, 2002, V, 229 ss., ora anche in B. CONFORTI, *Scritti di diritto internazionale*, vol. II, Napoli, 2003, 478, e, tra i costituzionalisti, da M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario*, in *www.associazionedelcostituzionalisti.it*.

(52) Oltre alle sentenze richiamate nella nota 44, si vedano anche Corte cost., sentenze 29 gennaio 1996, n. 15 e 22 marzo 2001, n. 73. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia di Cedu, A. GUAZZAROTTI, *La Cedu e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, 2006, 491 ss., e D. TEGA, *La Cedu nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2007, 431 ss.

(53) Secondo l'impostazione risalente a A. BARBERA, *Commento ad art. 2*, in A. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.

(54) G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale a più facce*, in *Pol. dir.*, 1997, 349 ss., spec. 368 ss.

(55) Per tale tesi, tra gli altri, F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 1984, 68 ss.

(56) Corte cost., sent. n. 349/2007, punto 6.1. Si veda anche Corte cost., sent. n. 348/2007, punto 3.4.

(57) La tesi della riconducibilità della Cedu all'art. 11 risale a P. MORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Patto delle Nazioni unite e Costituzione italiana*, in *Riv. dir. internaz.*, 1983, 306 ss.

(58) Corte cost., sent. n. 349/2007, punto 6.1.

nità (59)), sia che le relative norme siano ormai «comunitarizzate» (60).

Il principio di legalità internazionale viene, dunque, saldamente ancorato all'art. 117. D'ora in avanti, gli operatori del diritto dovranno tener conto dell'esistenza di una *international rule of law*, che esige obbedienza e che va contemplata con il principio di legalità domestica (61). Al principio della legalità internazionale si affianca, infatti, il limite del primato della Costituzione. In tal modo, l'impostazione neo-dualista, da tempo coltivata, trova il suo primo compiuto sviluppo proprio nelle sentenze dell'ottobre 2007. L'idea della separazione tra gli ordinamenti sovravive, ma fortemente depotenziata, in modo da non ostacolare il coordinamento tra la sfera giuridica interna e quella internazionale.

3.2. Il presente: il problema dell'ambito di applicazione.

Nel momento in cui la parabola neo-dualista sembra giungere a compimento, emergono alcune contraddizioni interne all'orientamento della Corte costituzionale. Per illustrarle, occorre muovere dal seguente interrogativo: nell'ipotesi di contrasto tra una norma interna e una norma internazionale, in che modo l'ordinamento domestico assicura la prevalenza del principio di legalità internazionale?

(59) Lo rileva C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione*, cit., 2 s. Per la tesi secondo cui dall'adesione alla Cedu deriverebbe una vera e propria limitazione di sovranità che imporrebbe un trattamento uguale a quello riconosciuto alle norme comunitarie, B. CONFORTI, *Valore ed efficacia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno*, in *Affari esteri*, 2001, n. 129, 18 ss., ora anche in B. CONFORTI, *Scritti di diritto internazionale*, cit., 283 ss., spec. 285.

(60) In proposito, la Corte correttamente afferma che la tutela dei diritti fondamentali assicurata dal diritto comunitario rileva «esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: in *primis* gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie assentite e giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali» (Corte cost., sent. n. 349/2007, punto 6.1). Una conferma del diverso ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si ricava dall'art. 51, ai sensi del quale «Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione».

(61) Sul tema, M. KUMM, *International Law in National Courts: The International Rule of Law and the Limits of the Internationalist Model*, in *Virginia Journal of International Law*, 2003, vol. 44, 19 ss.

Le indicazioni a riguardo fornite dalle due sentenze non sono identiche, né equivalenti: la differenza non è solo terminologica, in quanto prefigura implicazioni divergenti in riferimento alla questione della disapplicazione.

a) Nella sentenza n. 348 si ripete (per ben tre volte) che le norme della Cedu rivestono, in virtù del rinvio contenuto nell'art. 117, co. 1, Cost., rango «sub-costituzionale». Pertanto, ove vi siano leggi interne contrarie, queste vengono sottoposte ad un giudizio di costituzionalità, nell'ambito del quale le norme internazionali violate fungono da norme interposte. L'ulteriore implicazione è la inutilizzabilità della tecnica della disapplicazione: «il giudice comune non ha [...] il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi» (62). In altri termini, poiché le fonti internazionali patitize, essendo sub-costituzionali, devono superare il vaglio di conformità alla Costituzione, ne deriva l'inesistenza in capo ai giudici comuni del potere di applicare direttamente le norme internazionali patitize in luogo delle norme legislative contrarie: il contrasto può essere risolto solo dalla Corte costituzionale.

La linearità dello schema alimenta un dubbio, che ben si coglie mediante il raffronto con l'inquadramento riservato al diritto comunitario. Dalla separazione tra l'ordinamento domestico e quello comunitario la Corte costituzionale ha tratto la conseguenza — già ricordata — per cui le norme comunitarie, anche quando ricevono diretta applicazione nel territorio italiano, «rimangono estranee al sistema delle fonti interne» (63). Per questo, in caso di antinomie, la prevalenza del diritto comunitario viene assicurata mediante una tecnica speciale, che consiste non nell'invalidare, bensì nel disapplicare le norme interne contrarie (64).

Le norme internazionali patitize, invece, non prevalgono mai sul diritto interno attraverso il meccanismo della disapplicazione.

(62) Corte cost., sent. n. 348/2007, punto 4.3.

(63) Corte cost., 170/1984, punto 4.

(64) Sul tema, A. CELOTTO, *Le «modalità» di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in questa Rivista, 1999, 1484.

Stando all'inquadramento fornito nella sentenza n. 348, quelle norme sembrano entrare a far parte del sistema domestico delle fonti, collocandosi in una posizione sub-costituzionale *autonoma*, distinta sia dal rango (costituzionale) dell'art. 117 Cost., sia dal rango (in genere, legislativo) dell'ordine di esecuzione. Il ritrovato ardore sistematico sembra spingere la Corte fino al punto di rottura con la sua impostazione tradizionale, cioè fino al punto in cui l'impostazione «neo-dualista» cede il passo al riconoscimento dell'integrazione tra gli ordinamenti: una prospettiva che potrebbe quasi definirsi «neo-monista», perché colloca le rispettive fonti all'interno di un'unica gerarchia, sia pure retta, al vertice, dalla Costituzione (65).

b) Nella sentenza n. 349, la ricostruzione dei rapporti tra fonti esterne ed interne appare ispirata ad una impostazione diversa. Innanzi tutto, la Cedu e le altre norme internazionali patite non sono mai qualificate come fonti di rango sub-costituzionale. La Corte si limita a smentire, da una parte, che si tratti di norme equiparabili a quelle di rango legislativo, e dall'altra, che «con l'art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU» (66). Non si dice, in positivo, se e dove quelle norme si collochino nel sistema domestico delle fonti. Questa apparente indeterminazione genera una forte analogia con le norme comunitarie, che — come si è visto — la Corte considera «estranee al sistema delle fonti interne» (67). E rievoca, altresì, la clausola della «competenza atipica», già utilizzata in riferimento alla Cedu nella ricordata sentenza n. 10 del 1993.

(65) Un'indicazione di analogo tenore si ricava dalla richiamata decisione con la quale la Corte ha sollevato il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Vi si legge, infatti, che «ratificando i Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte dell'ordinamento comunitario, e cioè di un ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato con quello interno» (Corte cost., ord. n. 103/2008, corsivo aggiunto). La differenza rispetto alla formula tradizionale, secondo la quale «i due sistemi sono configurati come autonomi e *distinti*, ancorché coordinati» (Corte cost., sent. n. 170/84, punto 4, corsivo aggiunto), è particolarmente pregnante: al concetto di «disinzione» si sostituisce quello di «integrazione».

(66) Corte cost., sent. n. 349/2007, punto 6.2.

(67) Sulla collocazione volutamente incerta delle fonti comunitarie nella gerarchia delle fonti nazionali come tecnica utilizzata nel «dialogo nascosto» tra le supreme corti nazionali e la Corte di giustizia, F. FONTANELLI e G. MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, n. 3, in corso di pubblicazione.

Un simile inquadramento non è privo di conseguenze, specie per ciò che attiene al problema della disapplicazione. Come nella sentenza n. 348, anche nella decisione n. 349, la Corte nega che i giudici comuni possano disapplicare le norme interne contrastanti con la Cedu. Tuttavia, l'asserita atipicità delle fonti Cedu, nella misura in cui rafforza l'analogia con le norme comunitarie, costringe la Corte a spiegare quale peculiarità della Convenzione precluda il ricorso alla disapplicazione.

La Corte affronta il nodo centrale della questione nei seguenti termini: «resta da chiedersi se sia possibile attribuire a tali norme, ed in particolare all'art. 1 del Protocollo addizionale, l'effetto *diretto*, nel senso e con le implicazioni proprie delle norme comunitarie provviste di tale effetto, in particolare la possibilità per il giudice nazionale di applicarle *direttamente* in luogo delle norme interne con esse confliggenti» (68). Al di là delle perplessità suscitate dal fatto che la Consulta nega in via generale l'applicabilità diretta delle norme Cedu (69), il punto che preme rilevare è che nel ragionamento svolto dalla Corte il ricorso alla disapplicazione finisce per dipendere dall'attribuzione (o meno) di efficacia diretta alle norme della Convenzione.

La risposta fornita dalla Corte pare confermarlo: «*allo stato*, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della Cedu ovvero ai *caratteri di determinate norme* consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale *diramma* normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confligente» (70). In base a questa logica argomentativa, l'esclusione della disapplicazione non è più una conseguenza ne-

(68) Corte cost., sent. 349/2007, punto 6.1.

(69) Il giudice di legittimità segue, com'è noto, un orientamento opposto, che risulta a Cass. pen., sez. un., 23 novembre 1988, n. 15.

(70) Corte cost., sent. 349/2007, punto 6.1. La stessa implicita correlazione tra efficacia (*veritas*, applicabilità) diretta e disapplicazione affiora in una più recente sentenza (Corte cost., sentenza 25 febbraio 2008, n. 39), ove si nega efficacia abrogante alle norme della Cedu nei confronti di norme interne adottate prime della legge di ratifica della Convenzione. Cfr. R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte cost. n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra leggi ordinarie e Cedu: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2, il quale rileva come, anche qui, «gli «effetti diretti» (meglio, la produzione di posizioni giuridiche soggettive in capo ai privati) di una convenzione internazionale vengono indebitamente e indissolubilmente collegati al rimedio della «disapplicazione» delle regole interne difformi».

cessaria della qualificazione delle norme internazionali patrizie come fonti sub-costituzionali/norme interposte nel giudizio di costituzionalità sollevato ai sensi dell'art. 117 Cost. E, al contrario, una conseguenza meramente eventuale, non potendosi escludere *a priori* che vi siano norme di diritto internazionale che abbiano «allo stato» o acquisiscano nel tempo (magari per via giurisprudenziale) carattere *self-executing*.

Che cosa accadrebbe se la Corte di Strasburgo affermasse la diretta applicabilità di una norma Cedu, comprimendo il margine di apprezzamento riservato agli Stati? Oppure se, più in generale, un giudice internazionale assegnasse effetti diretti alle norme patrizie sulle quali esercita una «funzione interpretativa eminente», come la Corte di giustizia fa, ad esempio, con le c.d. direttive dettagliate? In tale evenienza (remota, ma non irrealistica), il potere di disapplicazione del giudice comune, uscito per la porta, potrebbe rientrare per la finestra. A rigore, infatti, la portata pre-cettiva delle norme internazionali dipende dai criteri posti nell'ordinamento d'origine e spetta, perciò, ai giudici internazionali definire le condizioni di efficacia e applicabilità. La conseguenza sarebbe paradossale: un giudice esterno avrebbe il potere di stabilire se il contrasto tra una norma del suo ordinamento e il diritto interno debba essere risolto dai giudici di merito (per le norme che esso dichiara direttamente efficaci) oppure dalla Corte costituzionale (per le altre norme). Per evitare questo esito, la Consulta sarebbe costretta a riappropriarsi di quella distinzione, decidendo autonomamente quali norme patrizie siano direttamente efficaci e, in subordine, quali tra queste siano *self-executing* (71). Con ciò, si abbandonerebbe la consolidata tesi del rinvio mobile, per ritornare alla tesi «vetero-dualista» del c.d. rinvio recettizio, superata da decenni (72). E, così, l'impostazione neo-dualista, proprio nel momento della sua maturazione, entrerebbe in contraddizione con i presupposti su cui è fondata.

c) Riepilogando, rispetto alle tecniche impiegate per assicurare l'osservanza del diritto ultra-statale, le sentenze dell'ottobre 2007 disegnano un modello che, nelle intenzioni, è nettamente di-

(71) Sulla tendenza delle supreme corti nazionali «ad utilizzare la distinzione tra norme internazionali *self-executing* e non *self-executing* a scopi, in senso lato "politici"», cioè al fine di impedire l'applicazione domestica delle norme internazionali, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, 306 ss. (307).

(72) *Supra*, par. 3.2, sub a).

stinto da quello previsto per il diritto comunitario. L'osservanza del diritto comunitario è assicurata in due modi, secondo che si tratti di norme direttamente applicabili o meno. Nel primo caso, la loro prevalenza è assicurata mediante la disapplicazione; nel secondo, mediante proposizione *in via principale* di una questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117 (in passato, dell'art. 11) (73). L'osservanza delle norme internazionali patrizie, invece, è assicurata — come nel caso delle norme internazionali sul trattamento degli stranieri (art. 10, co. 2, Cost.) — in un unico modo: attraverso il giudizio di costituzionalità, sollevato *in via incidentale*, per violazione dell'art. 117 Cost. Per le norme internazionali patrizie, dunque, la variabile applicabilità diretta-indiretta sembrerebbe non rilevare. Tuttavia, la sentenza n. 349 utilizza quella variabile e, così facendo, lascia aperta la possibilità teorica della disapplicazione. Pertanto, la Corte costituzionale dovrà chiarire questo punto: se l'«efficacia» diretta (*rectius*, applicabilità) di una norma internazionale incida — come accade per il diritto comunitario — oppure no sulla tecnica da utilizzare per assicurarne l'osservanza.

3.3. Il futuro: il problema dell'ambito di applicazione.

Quello raggiunto nell'ottobre 2007 non costituisce l'approdo finale del cammino internazionalista della Corte costituzionale non solo per le divergenze rilevate tra le due sentenze, ma soprat-

(73) Secondo un'impostazione risalente alla metà degli anni Novanta del XX secolo (Corte cost., sent. 10 novembre 1994, n. 384 e Corte cost., sent. 30 marzo 1995, n. 94), il contrasto tra una legge interna e un precetto comunitario configura una questione di costituzionalità (per violazione dell'art. 11) ammissibile solo se sollevata in via principale; qualora, infatti, la questione fosse sollevata in via incidentale, mancherebbe il requisito della rilevanza, essendo il contrasto risolvibile dal giudice di merito mediante la tecnica della disapplicazione. Nella giurisprudenza più recente (Corte cost., sentenze 3 novembre 2005, n. 406, 23 marzo 2006, n. 129, e 4 luglio 2007, n. 269), le questioni sollevate — sempre in via principale — sono state definite utilizzando come parametro l'art. 117, comma 1 (in luogo dell'art. 11) e assumendo le norme comunitarie violate come norme interposte. Su questa evoluzione giurisprudenziale, A. CELOTTO, *La Corte costituzionale finalmente applica il primo comma dell'art. 117 Cost.*, in *Giur. it.*, 2006, 1123 ss. Si veda anche S. CATALANO, *L'incidenza del nuovo articolo 117, comma 1, Cost. sui rapporti fra norme interne e norme comunitarie*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana: avvicinati, dialoghi, dissonanze*, Napoli, 2006, 129 ss., spec. 143 ss., secondo il quale la valorizzazione dell'art. 117, comma 1, Cost., consentirebbe di accantonare l'attuale sistema diffuso imperniato sulla disapplicazione, e sostituirlo con un giudizio accentrato da parte della Corte costituzionale. *Contro* R. CALVANO, *La Corte costituzionale «fa i conti» per la prima volta con il nuovo art. 117 comma 1 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2005, 4417 ss.

tutto perché resta aperta la questione forse più delicata: a quali fonti internazionali pattizie, diverse dalla Cedu, si applica il principio di legalità internazionale? Dai primi commenti alle due sentenze traspare il timore che l'apertura indiscriminata alle norme internazionali possa compromettere la certezza del diritto ed erodere gli spazi di intervento del legislatore domestico. In senso opposto, però, si osserva che il rispetto delle norme internazionali costituisce un'esigenza altrettanto — e, anzi, ancor più — cogente, poiché da essa dipende il successo degli sforzi di cooperazione della comunità internazionale. Occorre, dunque, chiedersi quale delle due visioni la Corte costituzionale intenda accogliere: quali criteri-guida la Corte utilizzerà per individuare le fonti internazionali vincolanti?

Il criterio di base dovrebbe essere quello dettato dall'art. 80 Cost. secondo questa previsione, la ratifica dell'accordo, anche se questo è concluso direttamente dal governo, deve essere autorizzata dal Parlamento. Il dubbio riguarda, allora, i trattati internazionali non (ancora) ratificati e i c.d. accordi in forma semplificata, cioè conclusi dal governo in deroga all'art. 80. È presumibile che la Corte costituzionale, conformandosi all'orientamento del giudice di legittimità (74), neghi il carattere vincolante di tali accordi, come del resto impone il limite di compatibilità delle norme pattizie con la Costituzione, espressamente affermato nelle due sentenze del 2007 (75).

Ciò premesso, per quanto riguarda gli accordi oggetto di regolare procedura di adattamento, gli approcci ipotizzabili sono tre. Un primo approccio — di tipo restrittivo — potrebbe far leva su un criterio di tipo materiale: la Corte potrebbe, cioè, tentare di circoscrivere la portata dell'art. 117 Cost. ai soli trattati sui diritti umani, in considerazione del loro rilievo primario nell'ordinamento interno e dei potenziali benefici derivanti dalla integrazione dei meccanismi di tutela multi-livello (76). L'inconsi-

(74) L'orientamento risale a Cass., sez. un., 23 marzo 1972, n. 867.

(75) Conforme B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali conclusi dall'esecutivo*, cit., 573, il quale, in riferimento agli altri accordi delle sue competenze in materia di relazioni internazionali e se entro questi limiti può impegnare lo Stato, l'obbligo internazionale così contratto sia da considerare "affievolito" rispetto agli altri e non vincolante per il legislatore».

(76) Sul tema, per tutti, F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, cit., 79 ss.

stenza di questo criterio sarebbe, però, evidente. Se la Corte costituzionale avesse voluto limitare l'apertura ai soli trattati internazionali sui diritti umani, avrebbe potuto ricorrere — seguendo le molteplici soluzioni indicate dalla scienza giuridica (77) — alla copertura offerta dall'art. 2 Cost. (accogliendo la tesi della fattispecie aperta in materia di diritti inviolabili) o dall'art. 10, co. 1, Cost. (riconducendo la categoria dei diritti fondamentali alla sfera del diritto internazionale consuetudinario), o, infine, dall'art. 11 Cost. (riconoscendo che le norme internazionali sui diritti umani — ed in particolare le norme Cedu, per il rilievo ormai acquisito nell'ordinamento — comportano e giustificano una limitazione di sovranità). Il fatto che la Corte abbia compiuto una scelta diversa legittima la conclusione che essa non intenda circoscrivere l'apertura ai soli trattati sui diritti fondamentali (78).

All'estremo opposto si colloca un secondo approccio, di tipo liberale. Prima della modifica dell'art. 117, intervenuta nel 2001, una parte della scienza giuridica aveva sostenuto tale approccio fondandolo sul criterio della specialità: fermo restando il limite dettato dall'art. 80 Cost., tutte le norme dei trattati ratificati e le decisioni giurisdizionali conseguenti avrebbero dovuto prevalere, in quanto diritto speciale *sui generis*, sulle disposizioni di diritto interno di segno contrario (salvo che tali disposizioni non contenessero una espressa denuncia della norma internazionale contraria) (79). Oggi, questa tesi trova sostegno nell'art. 117, co. 1, Cost., che, riferendosi indistintamente agli «obblighi internazionali», non sembra autorizzare alcuna distinzione tra le norme pattizie. Nello stesso senso, del resto, depone l'approccio «neodualista» della Corte costituzionale: se il suo intento è conciliare l'idea della separazione con il rispetto degli accordi internazionali, sarebbe contraddittorio negare al principio di legalità internazionale un ambito di applicazione tendenzialmente generale. D'altra

(77) Si veda *supra*, par. 3.1, lett. c).

(78) È vero che l'ancoraggio ad una di queste disposizioni (in particolare, all'art. 11, data l'assimilazione che ne sarebbe derivata con il diritto comunitario) avrebbe legittimato il ricorso dei giudici comuni alla disapplicazione, che era, appunto, l'esito non voluto dalla Corte costituzionale (cfr. C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della Cedu e delle leggi con essa confliggenti*, cit., par. 3). Tuttavia, resta il dato letterale — cioè il riferimento aperto ed indistinto agli «obblighi internazionali» contenuto nel primo comma dell'art. 117 Cost. — che appare difficilmente conciliabile con una limitazione *rationae materiae* dell'ambito di applicazione del nuovo orientamento.

(79) Questa è la tesi da tempo sostenuta da B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 295.

parte, però, la Corte costituzionale non ha mai accolto, in passato, il criterio della specialità *sui generis* e potrebbe essere restia ad operare una così drastica apertura al diritto internazionale.

Un terzo approccio, intermedio rispetto ai precedenti, sembra trasparire dalla sentenza n. 348 del 2007. Qui, infatti, si legge che «la Cedu presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa» (80). Da questo passaggio sembra potersi desumere l'intenzione della Corte costituzionale di attribuire efficacia vincolante (non alle sole norme patrizie sui diritti umani, né, per converso, a tutto il diritto internazionale pattizio, bensì) a quelle norme internazionali la cui attuazione avvenga sotto la supervisione di un organo di risoluzione delle controversie (81). Tale criterio — che potremmo definire della «giudizializzazione» — presuppone la distinzione tra i trattati internazionali attuati in via esclusiva dagli Stati e i trattati internazionali applicati, invece, sotto il controllo di un giudice: nel primo caso, la definizione delle modalità di *compliance* avviene attraverso un negoziato politico, non giustiziale; nel secondo caso, invece, la portata della norma internazionale è definita da un giudice ultra-statale, la cui decisione consente ai giudici nazionali di intervenire per assicurarne l'osservanza. Questo criterio è coerente con il riconoscimento — operato nelle due pronunce — di una «funzione interpretativa eminente» al giudice internazionale competente (82): solo quando un organo giurisdizionale sopranazionale abbia accertato la violazione di una norma internazionale da parte dello Stato, diventa operativo l'obbligo dello Stato di rimuovere l'antinomia.

D'altra parte, il criterio della «giudizializzazione» richiederebbe un affinamento. Se esso fosse applicato, ad esempio, alle pronunce del *Dispute Settlement Body* che opera nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio (Omc), l'effetto sarebbe quello di vincolare le autorità domestiche al rispetto di precetti giuridici quando ancora la loro portata può essere oggetto di ne-

(80) Corte cost., sent. n. 348/2007, punto 4.6.

(81) In tal senso, C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione*, cit., 8.

(82) Cfr. Corte cost., sent. n. 348/2007, punto 4.6.

goziazione. Il sistema di risoluzione delle controversie dell'Omc lascia, infatti, alle parti margini di negoziazione circa i modi di attuazione delle decisioni del *Dispute Settlement Body*. Per questo, la Corte di giustizia, nel caso *Van Parys*, ha negato a tali decisioni efficacia diretta nell'ordinamento comunitario, rilevando che, in caso contrario, avrebbe sfavorito le autorità comunitarie nella negoziazione con le controparti: la Corte di giustizia ammette la vincolatività delle decisioni internazionali solo a condizione di reciprocità tra gli ordinamenti interessati (83).

Per evitare le distorsioni derivanti dal criterio della «giudizializzazione», la Corte costituzionale potrebbe, perciò, ricorrere — sulle orme della Corte di giustizia — al criterio di reciprocità o, meglio, di piena «giuridicità». Tale criterio consisterebbe nell'assegnare efficacia vincolante ai precetti internazionali (norme o pronunce) non ulteriormente negoziabili, ovvero «giuridicamente perfetti» (84). In base a questo approccio, la copertura garantita dall'art. 117 Cost. dovrebbe valere per due categorie di accordi internazionali. Nella prima, rientrerebbero i trattati multilaterali che, al pari della Cedu e degli altri in materia di diritti umani, prevedono «obligations objectives qui [...] bénéficient d'une "garantie collective"» (85) (anche a prescindere dall'esistenza di un organo giurisdizionale di risoluzione delle controversie) (86). La

(83) Corte giust., causa 377/02, *Van Parys*, 1° marzo 2005, par. 53: «ammettere che il compito di assicurare la conformità del diritto comunitario alle regole dell'OMC incombe direttamente al giudice comunitario equivarrebbe a privare gli organi legislativi o esecutivi della Comunità del margine di manovra di cui dispongono gli organi analoghi delle controparti commerciali della Comunità. È pacifico che alcune parti contraenti, fra cui le controparti più importanti della Comunità da un punto di vista commerciale, hanno appunto tratto, alla luce dell'oggetto e dello scopo degli accordi OMC, la conseguenza che questi ultimi non figurano tra le norme alla luce delle quali i loro organi giurisdizionali controllano la legittimità del loro diritto interno. Una tale assenza di reciprocità, se la si ammettesse, rischierebbe di condurre a uno squilibrio nell'applicazione delle regole dell'OMC» (corsivo aggiunto).

(84) Il suo fondamento risiederebbe negli articoli 60 e 72 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, che consacrano appunto il principio di reciprocità. La Consulta sembra lasciare aperta questa opzione interpretativa, laddove afferma che la peculiarità della Cedu risiede non solo nell'esistenza di un giudice chiamato a verificarne l'applicazione, ma anche nell'esclusione di meccanismi «di conciliazione di tipo negoziale» (Corte cost., sent. n. 349/2007, punto 6.2).

(85) Così, Corte di Strasburgo, sent. 18 gennaio 1978, n. 25, *Jirlande c. Royaume-Uni*, par. 239; si veda anche Corte di Strasburgo, sent. 23 marzo 1995, n. 310, *Loizidou c. Turquie*, par. 75. Sul tema, P. VAN DYK-F. VAN HOOFF-A. VAN RYN-L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, 2006, 47 ss.

(86) Trattandosi di accordi che non disciplinano rapporti sinallagmatici tra Stati, ma definiscono limiti generali all'esercizio delle potestà pubbliche in ciascun ordina-

seconda categoria comprenderebbe, invece, i trattati che rimettono ad un giudice il compito di accertare la violazione, senza lasciare margini di negoziazione alle parti. In entrambe le ipotesi, la non opponibilità dell'eccezione «*inadimplenti non est adimplendum*» comporterebbe la piena giurisdizione del precetto internazionale.

In definitiva, se è vero che nel diritto internazionale «la negoziazione [...] viene per prima, [mentre] il controllo giudiziario può intervenire, ma solo a condizione di reciprocità, quando è consentito in tutti gli Stati» (87), sarebbe auspicabile che la Corte costituzionale commisurasse l'ampiezza dell'apertura internazionale prevista dall'art. 117 Cost. a questo carattere essenziale dell'ordine giuridico globale.

4. IL PRINCIPIO DI SUPREMAZIA COSTITUZIONALE.

Esaminato l'impatto delle sentenze n. 348 e 349 del 2007 sui percorsi passati e sulle prospettive future della giurisprudenza costituzionale, occorre ora chiedersi se da quelle pronunce discendano implicazioni «di sistema», attinenti alla dimensione interistituzionale. Per affrontare questo interrogativo, è necessario rivolgere l'attenzione all'altro principio-cardine sul quale si fonda il nuovo orientamento, ossia quello di supremazia costituzionale (par. 4.1). Tale principio, subordinando l'efficacia vincolante delle fonti internazionali patitizie alla preventiva verifica di compatibilità con la Costituzione, favorisce il rafforzamento della Corte costituzionale in due direzioni: in orizzontale, nei confronti del potere legislativo, poiché spetta alla Corte stabilire quali margini di autonomia il legislatore conservi nei confronti del diritto internazionale; in verticale, nei confronti delle corti europee e internazionali, rispetto alle quali il nostro giudice internazionale assume il

mento, il criterio della reciprocità non può applicarsi: è impossibile giustificare il proprio inadempimento adducendo l'inadempimento altrui e, per questo, l'eventuale pronuncia di un organo di risoluzione delle controversie non incide sul carattere già «perfetto» dell'obbligo assunto. Si veda, sul punto, C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione*, cit., 8, il quale auspica l'attribuzione di efficacia vincolante anche alle decisioni del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite e dei diversi comitati istituiti nell'ambito di singole convenzioni, sia a livello Nazioni Unite, sia nell'ambito del Consiglio d'Europa.

(87) S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 611.

ruolo antagonista di garante dell'*ethos* costituzionale. Detto altrimenti, il nuovo orientamento produce «costi», in quanto avalla il processo di erosione «dall'alto» dell'autonomia del legislatore domestico (par. 4.2), ma, al contempo, porta con sé importanti «benefici», in quanto la ritrovata centralità della Corte costituzionale nel dialogo giudiziale multi-livello pone le premesse per una più efficace salvaguardia dell'identità costituzionale nazionale (par. 4.3).

4.1. Una nuova tecnica di «dialogo nascosto» con i giudici ultrastatali?

In base al nuovo orientamento della Consulta, le norme internazionali possono fungere da parametro di legittimità solo quando esse siano compatibili con la Costituzione. Tale limite è condivisibile e, anzi, scontato dal punto di vista domestico, ove la protezione dei principi e valori nei quali la comunità nazionale si riconosce postula il primato della Costituzione (88). Lo è meno, invece, dal punto di vista internazionale, in quanto quel principio, da un lato, assoggetta il diritto internazionale a norme domestiche (costituzionali) che sono concepite per conformare l'azione delle istituzioni nazionali, non di quelle internazionali; dall'altro, minaccia l'effettività degli accordi internazionali, che servirebbero a risolvere problemi intrattabili a livello domestico (89). La Corte costituzionale, nel definire l'apertura al diritto comunitario e al diritto internazionale consuetudinario, ha individuato un punto di equilibrio tra queste due esigenze (domestica e internazionale) nella dottrina dei c.d. contro-limiti, la quale richiede la conformità del diritto ultrastatale ai (soli) principi fondamentali dell'ordinamento (90). Perché le norme internazionali patitizie

(88) E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti sentenze della Corte costituzionale*, cit., 142: «è del tutto ovvio [...] che il primato assicurato agli obblighi internazionali non è assoluto ma deve essere contemperato con l'esigenza del rispetto del sistema costituzionale».

(89) Cfr. M. KUMAR, *Constitutional Democracy Encounters International Law: Terms of Engagement*, in S. CHOUDHURY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2007, 275, secondo il quale «both the function of the domestic constitution and the function of international institutions suggest that domestic constitutional rights should not be applied to decisions by international institutions at all».

(90) In proposito, A. CELOTTO e T. GORRI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *questa Rivista*, 2004, 1309 ss. Più in generale, sui poteri della Corte co-

sono, ora, assoggettate al (più ampio) vincolo di conformità al dettato costituzionale?

Una prima spiegazione, di ordine formale, è la seguente: le norme della Cedu, essendo fonti sub-costituzionali, devono rispettare la fonte sovraordinata, cioè la Costituzione. Il primato della Costituzione non è un contro-limite ad una cessione di sovranità, ma, piuttosto, una conseguenza della collocazione delle fonti patrizie al di sotto della Costituzione (91). Questa spiegazione non è, però, soddisfacente, poiché — come si è visto — una chiara collocazione delle norme internazionali (a livello sub-costituzionale) è contenuta nella sentenza n. 348 del 2007, ma non nella sentenza n. 349, né in quelle successive (92).

Nel seguito del paragrafo sono esaminati due tentativi ulteriori di spiegazione, di ordine sostanziale. Secondo un primo punto di vista, la condizione di compatibilità con *tutto* il dettato costituzionale discenderebbe dal principio per cui la conclusione di un trattato deve comunque avvenire «in conformità con le regole costituzionali, di procedura e di contenuto» (93). La Corte costituzionale avrebbe, perciò, posto la condizione della conformità all'intero dettato costituzionale per conciliare l'apertura internazionale con la salvaguardia non solo delle norme costituzionali *materiali*, cioè dei diritti fondamentali, ma anche delle norme costituzionali *strumentali*, che attengono all'organizzazione dei poteri dello Stato (94). Come si tenterà di dimostrare, questa spiegazione non è del tutto appagante, perché il nuovo orientamento incide, alterandolo, sull'equilibrio domestico dei poteri delineato dalla seconda parte della Costituzione (par. 4.1).

L'altra spiegazione, qui avanzata, è che il principio di supremazia costituzionale abbia, in realtà, un valore strategico, pri-

stuzionale in materia di diritto internazionale. E. CANNIZZARO, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, 1991, nonché, in prospettiva comparata, T. GINSBURG, *Arbitrary Powers of Constitutional Courts*, in T. GINSBURG-R. KAGAN (eds.), *Institutions and Public Law: Comparative Approaches*, New York, 2005.

(91) Cfr. Corte cost., sent. 348/2007, punto 4.7, laddove si chiarisce che le norme della Cedu, sebbene siano sovraordinate alle fonti legislative, non per questo «acquisiscono la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione».

(92) Corte cost., sent. n. 39/2008.

(93) G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli «obblighi internazionali»: un parametro definito solo parzialmente*, cit., 137.

(94) Per questa distinzione, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 311.

m'ancora che giuridico, costituendo una nuova tecnica del «dialogo nascosto» tra la Corte costituzionale e i giudici ultrastatali (95). L'impressione è, cioè, che la Corte costituzionale abbia inteso munirsi di un'arma che, rispetto alla teoria dei contro-limiti (enunciata e mai utilizzata (96) nei confronti dei giudici comunitari), è, per un verso, dotata di un'efficacia deterrente maggiore (97) e, per l'altra, gravida di potenzialità applicative più ampie (98). La scelta di questo nuovo strumento di dialogo si spiega non tanto nell'ottica di un'apertura circoscritta alla Cedu (verso la quale tanta cautela avrebbe poco senso), quanto nella prospettiva di un'apertura estesa anche a quella parte del diritto internazionale patrizio la cui applicazione è affidata a giudici internazionali, coerentemente con l'ipotesi sopra formulata (99). La dottrina della supremazia costituzionale rientrerebbe, cioè, in una strategia di definizione dei «*terms of engagement*» verso il diritto internazionale e i suoi giudici. L'affermazione del primato del dettato costituzionale sul diritto internazionale serve alla Corte per entrare da una posizione di forza nel dialogo giudiziale che alimenta la costruzione dello *ius commune* europeo e globale.

4.2. Gli effetti orizzontali: l'impatto sull'equilibrio istituzionale.

La dottrina della supremazia costituzionale si differenzia dalla dottrina dei contro-limiti essenzialmente in quanto quest'ultima si preoccupa di proteggere *solo* i principi costituzionali fondamentali, concernenti i diritti inviolabili, mentre la prima dovrebbe salvaguardare *anche* i principi costituzionali che riguar-

(95) F. FONTANELLI e G. MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-tinello*, cit., collocano tra tali tecniche la dottrina dei contro-limiti.

(96) Se non dal Cons. St., sez. V., 8 agosto 2005, n. 4207, che ha applicato la normativa interna contraria a norme comunitarie ritenute incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano, senza sollevare la questione di costituzionalità. Di fronte a questa originale iniziativa, la Consulta ha ribadito l'obbligo di sollevare la questione di costituzionalità per far valere i controlli (Corte cost., ord. 21 novembre 2006, n. 454).

(97) In senso analogo, E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti sentenze della Corte costituzionale*, cit., 143, secondo il quale l'affermazione del primato della Costituzione funge da «strumento di politica giudiziaria» utile per «conservare una libertà di manovra nella definizione dei conflitti fra obblighi internazionali e legislazione interna».

(98) Quest'ultimo aspetto è trattato *infra*, nel par. 4.3, sub c).

(99) *Supra*, par. 3.3.

dano la dimensione istituzionale, cioè l'assetto dei poteri dello Stato. E davvero così? Se si guarda all'impatto del nuovo orientamento sull'equilibrio istituzionale domestico, la risposta che emerge è negativa. Il nuovo orientamento è, anzi, da questo punto di vista, addirittura contraddittorio, in quanto altera l'equilibrio istituzionale delineato dalla seconda parte della Costituzione, sotto almeno due profili.

a) Il primo riguarda il rapporto tra il potere legislativo domestico e il potere esecutivo. Da un lato, la Costituzione assegna al Parlamento il compito di esercitare la funzione legislativa nel rispetto del dettato costituzionale. Dall'altro, però, in base alla lettura che la Corte costituzionale dà dell'art. 117 Cost., il legislatore soggiace ad un vincolo di conformità che va al di là del dettato costituzionale, poiché, in astratto, qualsiasi precetto internazionale, se disatteso, è suscettibile di vanificare l'esercizio del potere legislativo. Le sentenze dell'ottobre 2007 consolidano l'erosione della potestà legislativa nazionale ad opera dei poteri ultrastatali. Conseguentemente, indeboliscono il Parlamento nei confronti del potere esecutivo, giacché sono il governo e le amministrazioni nazionali che partecipano ai processi decisionali internazionali (100).

Tuttavia, questa novità è in buona misura illusoria: è una conseguenza della decisione (tutta nazionale ed avallata dallo stesso Parlamento) di stipulare trattati e di creare istituzioni internazionali dotate di poteri più o meno vincolanti per gli Stati. Ciò nondimeno, la formalizzazione del principio di legalità internazionale produce, in via di fatto, alcune ripercussioni (101). Nel momento in cui la Corte costituzionale stabilisce che una norma o decisione esterna è internamente vincolante e non può essere di-

(100) Il problema della potenziale alterazione del rapporto tra Parlamento e Governo è stato discusso, specie dagli internazionalisti, sin dall'introduzione del nuovo art. 117, primo comma, Cost. Da una parte, si è sostenuto che una lettura riduttiva o «contingente» della nuova disposizione fosse imposta dall'esigenza di evitare modifiche all'equilibrio dei poteri (cfr. E. CANNIZZARO, *La riforma «federalista» della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, 924 ss.). In senso opposto, però, si è osservato che un simile argomento «prova troppo, dato che, anche prima che la nuova norma fosse introdotta, il Governo, con la sua partecipazione alla creazione di norme internazionali o sopranazionali, poteva porre vincoli per il legislatore» (così, B. CONFORTI, *Note sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, cit., 480).

(101) Se gli obblighi internazionali possono essere elusi facilmente, la loro assunzione è politicamente meno costosa. Si veda, sul tema, L. R. HELFER, *Exiting Treaties*, in *Virginia Law Review*, 2005, vol. 91, 1579 ss.

satesa dal legislatore, quest'ultimo non dispone più, in concreto, dell'opzione della *non compliance*: la scelta di non rispettare una norma o pronuncia internazionale, fin qui priva di conseguenze interne, sarà, d'ora in avanti, «sanzionata» con l'intervento del giudice costituzionale. Pertanto, alle autorità domestiche che intendano sottrarsi al precetto internazionale resta solo l'alternativa — politicamente ben più impegnativa — di utilizzare le clausole di *opting-out* (ove previste) (102) o di denunciare l'intero accordo. Il nuovo orientamento è, dunque, suscettibile di produrre un irrigidimento del meccanismo di «*exit*», selettiva o totale, dagli accordi internazionali.

Un simile irrigidimento appare gravido di conseguenze. L'affermazione del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale ha prodotto, ad esempio, uno spostamento degli equilibri decisionali della Comunità a favore della componente intergovernativa, secondo la logica «*the harder the law, the harder the law making*» (103). Non è difficile immaginare che, nella misura in cui gli Stati membri riconoscano efficacia vincolante ai trattati internazionali anche all'interno dei rispettivi ordinamenti, il ruolo della componente sopranazionale (segretariati e giudici internazionali) possa subire un ridimensionamento a vantaggio degli esecutivi nazionali ed eventualmente dei parlamenti (104). Non è da escludere, poi, l'adozione di correttivi a livello domestico. Il principio di legalità internazionale rende l'adesione ad un trattato più impegnativa: avvenuta la ratifica, la discrezionalità del legislatore italiano ne risulta irrimediabilmente compressa. Dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007 deriva, perciò, una pressione compensativa al rafforzamento del meccanismo di con-

(102) Come la Corte costituzionale rileva, nell'ambito della Cedu, gli Stati membri «hanno significativamente mantenuto la possibilità di esercitare il diritto di riserva relativamente a questa o quella disposizione in occasione della ratifica, così come il diritto di denuncia successiva, sì che, in difetto dell'una e dell'altra, risulta palese la totale e consapevole accettazione del sistema e delle sue implicazioni» (Corte cost., sent. n. 349/2007, punto 6.2).

(103) J. H. WELTER, *The Transformation of Europe*, (1991), ora in Id., *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, 42 ss.

(104) Ad esempio, attraverso un più ampio coinvolgimento parlamentare nella fase ascendente, a salvaguardia del principio di sussidiarietà. Per quanto attiene all'Unione europea, si veda l'art. 3-ter del Trattato di Lisbona sottoscritto a Bruxelles il 3 dicembre 2007. In riferimento alla dimensione internazionale, M. RIESMAN, *The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of their Application*, in R. WOLFRUM e V. RÖBEN (eds.), *Developments of International Law in Treaty-Making*, Berlin, 2005, 15.

trollo parlamentare in sede di negoziazione e/o ratifica dei trattati internazionali (105).

Tanto basta per concludere che la dottrina della supremazia costituzionale non serve a proteggere il riparto di poteri consacrato in Costituzione. Far prevalere le norme internazionali su quelle interne significa introdurre una deroga alla norma costituzionale che riserva la funzione legislativa alle Camere (art. 70 Cost.) (106). L'unica previsione costituzionale di tipo procedurale davvero utilizzabile come limite all'apertura al diritto internazionale è l'art. 80, che impone di negare valore agli accordi stipulati in forma semplificata. Ma a questa conclusione i giudici interni erano pervenuti ben prima che la dottrina della supremazia costituzionale fosse enunciata (107).

b) Una seconda alterazione dell'equilibrio istituzionale riguarda i rapporti tra la Corte costituzionale e il Parlamento. In base al nuovo corso giurisprudenziale, arbitro del processo di erosione «dall'alto» del potere legislativo domestico diviene il giudice costituzionale: ad esso spetta selezionare, tra le innumerevoli norme internazionali, quali impiegare come norme interposte e rendere, in tal modo, davvero vincolanti; inoltre, il sindacato di costituzionalità sulle leggi è destinato ad espandersi nella misura in cui si moltiplichino, attraverso il trasformatore dell'art. 117 Cost., i parametri di legittimità desunti dall'ordinamento interno.

Il problema che ne deriva non è quello — pure da più parti stigmatizzato — della dequotazione della certezza del diritto (108). La perdita di certezza del diritto è compensata dal raf-

(105) Analoghe considerazioni hanno indotto gli esecutivi britannico (Libro verde, *The Governance of Britain*, 3 luglio 2007, par. 31 ss.) e francese (Comitato Balladur, *Une 1^{re} République plus démocratique*, 30 ottobre 2007, proposition n. 54) ad avanzare proposte di riforma dirette appunto a rafforzare il coinvolgimento parlamentare nella fase di conclusione e ratifica dei trattati internazionali.

(106) Come osserva B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 311, questa disposizione costituzionale dovrebbe comportare, a rigore, l'«assurda conseguenza, non voluta dalla Costituzione ed esclusa comunque dall'art. 11, di ritenere costituzionalmente illegittimi tutti i regolamenti comunitari».

(107) Cfr. *supra*, par. 3.3.

(108) La certezza è un valore assoluto solo se ci si pone in una prospettiva legalistica di stampo statalistico. La valutazione cambia se, invece, si accoglie l'idea che «la certezza è solo uno dei mezzi tecnici per attuare un diritto giusto» e che «accanto ad esso ne sono altri, in cui la certezza è negata, perché la giustizia è attuata attraverso congegni tecnici differenti» (così, M.S. GIANNINI, *Giustizia e certezza del diritto. Lettera a Flavio Lopez de Oñate*, [s.d., ma 1942] in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1341).

forzamento del sistema di protezione dei diritti, il che conferma che «alcune volte il diritto, se vuol essere giusto, dev'essere incerto» (109).

Il problema è un altro. Il rafforzamento del sistema di garanzie si iscrive in una logica ben nota agli ordinamenti di *common law*, nei quali «prima ancora che la mancanza o la limitatezza di un diritto scritto, è la molteplicità di fonti concorrenti» a determinare l'ampliamento della discrezionalità dei giudici (110). Questo esito può essere considerato un effetto della transizione «dal mito illuministico-giacobino della *bonne loi* all'assimilazione di aspetti importanti della tradizione anglosassone di *common law*» (111). Quel che è certo è che, d'ora in avanti, una legge potrà essere annullata per il solo fatto che essa è contraria ad un precetto internazionale, anche se il bilanciamento in essa operato rientra negli argini costituzionali.

I margini di discrezionalità concessi al legislatore, perciò, si restringono (112). E, per converso, si amplia la sfera discrezionale della Corte costituzionale. L'illegittimità della norma interna, infatti, si produce soltanto quando la norma internazionale utilizzata come parametro sia a sua volta giudicata compatibile con la Costituzione. E siccome entrambe le valutazioni di compatibilità — della norma interna con il precetto internazionale e di questo con la Costituzione — sono riservate, in ultima istanza, alla Consulta, è quest'ultima che stabilisce quale bilanciamento di interessi debba prevalere: se quello contenuto nella norma interna, espressione della volontà parlamentare, oppure quello contenuto nella

(109) M.S. GIANNINI, *ult. loc. cit.*

(110) M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *Id.* (a cura di), *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 56 s.

(111) Così, G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 16. Si veda anche M. CARTABIA, *La Ceda e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN, G. BRUNETTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Ceda. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, cit., spec. 7 s., secondo la quale la Corte costituzionale sta gradualmente sostituendo la prospettiva statica o formalista, ancorata alla dogmatica delle fonti e propria del positivismo tradizionale, con una prospettiva dinamica o sostanzialista, più attenta all'applicazione giurisprudenziale delle norme e, dunque, più vicina ad una impostazione di *common law*.

(112) Sul tema delle «deleghe di bilanciamento» e del sottostante conflitto tra Parlamento e Corte costituzionale, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 120 ss.

norma internazionale, espressione di una volontà collettiva degli Stati (113).

Ad esempio, nel caso della Cedu, la Corte di Strasburgo riconosce agli Stati un'insindacabile «margine di apprezzamento» circa i modi in cui porre rimedio ad una violazione della Convenzione, consentendo, così, alle autorità nazionali di adattare il pre-cetto internazionale alla realtà domestica (114). Che cosa resta, al legislatore, di quel «margine di apprezzamento», una volta che la Corte costituzionale abbia dichiarato incostituzionale la norma interna contraria alla Cedu? (115)

Il giudice costituzionale, sottraendo ai giudici comuni il compito di risolvere le antinomie tra norme interne ed internazionali (ad essi spettante, invece, in riferimento al diritto comunitario), ha assunto il ruolo di regolatore del processo di compenetrazione tra diritto internazionale e diritto domestico ed ha, così, finito per ampliare il suo controllo sul potere legislativo. Le sentenze dell'ottobre 2007 pongono, perciò, le premesse per un «*counter-majoritarian activism*» della Corte costituzionale, poiché ne accrescono il potere di sovvertire le decisioni politiche (116). D'altra parte, tale potere è il frutto della riluttanza del legislatore a rispettare gli obblighi internazionali assunti. L'uso che la Corte ne farà dipenderà, perciò, dalla misura in cui il legislatore accetterà la prevalenza del diritto internazionale. Quando la legalità domestica si conformerà alla legalità internazionale, la Corte costituzionale

(113) Sotto questo profilo, è essenziale che la Corte costituzionale non decida caso per caso, ma predetermini i criteri che la guidano nella individuazione del diritto internazionale vincolante. Sui possibili criteri, si veda *supra*, par. 3.3.

(114) Sul tema, P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 145 ss.

(115) A seguito della declaratoria di incostituzionalità, al legislatore resta solo la possibilità di intervenire per *innalzare* il livello di tutela nazionale al di sopra del livello minimo individuato dalla Corte di Strasburgo. Come rileva M. CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, cit., 19, «il giudizio di costituzionalità a differenza della soluzione per via legislativa consente di utilizzare in misura meno intensa il margine di apprezzamento che la Convenzione europea assicura agli Stati membri».

(116) Sul «*counter-majoritarian activism*», inteso come «reluctance of the courts to defer to the decisions of the democratically elected branches» (così, W. P. Marshall, *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*, in University of Colorado Law Review, 2002, vol. 73, 1220), il riferimento classico è A. M. BRICKER, *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, 1962, 16 s.: «The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system [...] when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it».

zionale potrà tornare all'atteggiamento di *self-restraint* che le è più consono e che è, al contempo, meno rischioso (117).

4.3. Gli effetti verticali: la Corte costituzionale nel dialogo giudiziale multi-livello.

Il nuovo orientamento incide sull'equilibrio istituzionale, indebolendo il potere legislativo domestico sia nei confronti delle istituzioni ultra-statali, le cui decisioni prevalgono in virtù del principio di legalità internazionale; sia nei confronti della Corte costituzionale, la quale si assicura un'ampia potestà di *over-ruling* sull'operato del legislatore. Gli equilibri complessivi del sistema istituzionale si modificano, perciò, in senso non-maggioritario: istituzioni politicamente non rappresentative (la Corte costituzionale, *in primis*, ma anche le corti ed istituzioni internazionali) erodono il potere di bilanciamento tra valori costituzionali spettante al Parlamento e, per questa via, condizionano in misura crescente le scelte fondamentali di una comunità politica.

Oltre a questo, esiste, però, un altro volto della dottrina della supremazia costituzionale, più rassicurante dal punto di vista domestico. Il primato della Costituzione funge, infatti, da antidoto al pericolo di livellamento degli *standards* di tutela verso il basso, implicito nei processi di europeizzazione e globalizzazione. Il nuovo orientamento mette la Corte costituzionale in condizione di intervenire, da un lato, nel dialogo giudiziale europeo, per salvaguardare l'identità costituzionale nazionale ed arginare l'atteggiamento «colonialistico» delle corti europee (sub a); dall'altro, nel dialogo tra le corti internazionali, per cooperare alla «giuridificazione» dello spazio giuridico globale (sub b) e per preservare l'autonomia regolatoria dello Stato (sub c).

a) L'utilità della prima funzione — di difesa dell'*ethos* costituzionale nazionale — è particolarmente avvertita nel *judicial dialogue* a livello europeo. Semplificando, il problema principale deriva dall'attivismo delle corti di Strasburgo e Lussemburgo. La giurisdizione di entrambe le corti europee è, in linea di principio,

(117) La Corte stessa, dando prova di scarsa *deference* verso il legislatore, si esporrebbe al rischio di «parlamentarizzazione»: un Parlamento dotato di un'ampia maggioranza ben potrebbe, per riequilibrare i rapporti di forza, tentare di assoggettare la Corte ad un più intenso controllo politico, ad esempio modificando le disposizioni costituzionali che regolano la composizione della Corte.

limitata. La Corte di Strasburgo ha il compito di verificare che gli Stati aderenti rispettino lo *standard minimo di protezione* dei diritti fondamentali, come definito nella Cedu, mentre lo Stato conserva la possibilità di prevedere un livello di tutela più elevato. La Corte di giustizia, d'altro canto, assicura la tutela dei diritti fondamentali solo in riferimento al *diritto comunitario* e alle *conseguenti norme nazionali di attuazione* (118), mentre alle corti costituzionali resta il compito di proteggere i diritti fondamentali in riferimento alle (altre) norme di diritto interno. Questi limiti di giurisdizione servono a garantire alle corti nazionali una autonomia sfera di competenza e, al contempo, ad evitare che si instauri un «governo dei giudici» in grado di sottrarre alla sfera politica nazionale decisioni fondamentali. Ciò nonostante, entrambe le corti europee tendono ad interpretare in modo espansivo il loro ruolo, sindacando anche le decisioni nazionali ad alto contenuto politico.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo fornisce svariati esempi in tal senso. Uno dei più significativi è il caso *Open Door*: un provvedimento della Corte suprema irlandese, restrittivo della circolazione di informazioni sulle pratiche abortive, è stato ritenuto lesivo delle norme Cedu che tutelano la libertà di informazione. La scelta politica di vietare l'aborto è espressamente consacrata nell'art. 40, co. 3, della Costituzione irlandese, in base al quale «lo Stato riconosce il diritto alla vita del concepito». Una decisione democratica fondamentale, considerata dal popolo irlandese parte integrante del suo *ethos* costituzionale, è stata, dunque, sindacata ed in parte sovvertita da un giudice internazionale (119).

Esempi analoghi sono rintracciabili nella giurisprudenza della Corte di giustizia, specie a partire dalla approvazione della Carta dei diritti fondamentali avvenuta nel 2000. Proprio al periodo di elaborazione della Carta risale il caso *Kreil*. In base ad una interpretazione consolidata dell'art. 12 del *Grundgesetz*, le donne, nell'ordinamento tedesco, erano ammesse nelle forze armate solo per

(118) Cfr. art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ora inclusa nel Trattato di Lisbona.

(119) Corte europea dei diritti dell'uomo, *Open Door v. Irlanda*, 29 ottobre 1992. Più di recente, tra le pronunce della medesima Corte che sollevano problemi affini, si veda il caso *Görgülü v. Germania*, 26 febbraio 2004, su cui F. PALERMO, *Il Bundesverfassungsgericht e la teoria «sclerita» dei contro-limiti*, in *Quadr. cost.*, 2005, 181 ss.

svolgere servizio non armato. La Corte di giustizia, ricorrendo ad una interpretazione espansiva del divieto di discriminazione sulla base del sesso, non ha esitato ad affermare che il divieto di servizio militare armato per le donne è incompatibile con il diritto comunitario, nonostante la materia dell'organizzazione militare esuli dalla competenza comunitaria. La Germania è stata, perciò, costretta a modificare la propria costituzione (120).

Il problema che ne deriva non è di merito (non attiene, cioè, alla divisibilità o meno di tali decisioni), ma di metodo. La propensione delle corti europee a sindacare scelte risultanti da un processo democratico nazionale genera il rischio di «colonialismo giurisdizionale» (121), cioè di scelte di valore imposte dai giudici europei agli ordinamenti nazionali.

E proprio rispetto a questa minaccia che l'affermazione del primato della Costituzione funge da deterrente. Rivendicando la supremazia del dettato costituzionale (e, in particolare, dei suoi principi fondamentali), la Corte costituzionale è in condizione di svolgere, per un verso, una funzione di controllo, vigilando sui confini che delimitano la giurisdizione dei giudici europei; per l'altro, una funzione di contrappunto critico, promuovendo e, insieme, proteggendo lo specifico apporto della tradizione costituzionale nazionale nell'ambito del dialogo giudiziale europeo (122).

(120) Corte giust. CE, in causa C-285/1998, *Tanja Kreil*, 11 gennaio 2000. Altrettanto emblematici sono, tra gli altri, i casi *K.B.* (C-117/2001, 7 gennaio 2004) e *Richards* (C-423/2004, 26 aprile 2006), sui diritti dei transessuali.

(121) Come evidenziato da M. CARABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., 57 ss., il rischio di «colonialismo giurisdizionale» è accentuato dal processo di «comunitarizzazione» della tutela dei diritti umani ora in corso. Mentre, infatti, le sentenze della Corte di Strasburgo hanno efficacia solo nei confronti dello Stato che è parte nella controversia e le norme della Cedu si limitano ad assicurare un livello minimo di protezione, pensato appunto per salvaguardare le identità costituzionali nazionali, diverso è il discorso che riguarda l'ordinamento comunitario. Qui, il pluralismo costituzionale europeo è maggiormente esposto all'effetto «uniformante» che proviene dall'alto, sia per via dell'efficacia *erga omnes* delle pronunce della Corte di giustizia, sia per la tendenza della Corte di giustizia a superare, attraverso la c.d. dottrina dell'*incorporation*, i limiti della propria giurisdizione, sia, infine, per la tendenza dell'ordinamento comunitario a sviluppare un autonomo *ethos* costituzionale, fondato su — ma, al contempo, peculiare rispetto a — quello degli Stati membri (su questo terzo aspetto, J.-H. H. WELTER, *I diritti umani nello spazio giuridico europeo*, in B. BEUTLER et al., *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento, politiche*, Bologna, 1999, 313 ss.).

(122) Particolarmente efficace, a riguardo, M. CARABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., p. 65 s.: «Una Corte di giustizia audace nel decidere sui diritti fondamentali ha bisogno di interlocutori forti, che la costringano ad attenersi entro i suoi confini di azione e che le permettano di svolgere la sua missione mantenendo vive tutte le tradizioni costituzionali presenti negli Stati dell'Unione». Sullo stesso tema, si veda anche ID., «Taking Dialogue Seriously»: *The Renewed Need for a Judicial Dialogue*.

Nello stesso senso può leggersi anche la storica decisione della Consulta di utilizzare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. La Corte, «*superiorem non recognoscens*» (123), aveva finora negato la propria natura di autorità giurisdizionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato Ce. Perciò, in caso di dubbio sull'interpretazione o sulla validità di norme comunitarie rilevanti per la definizione del problema di costituzionalità, la Corte (si) era costretta a dichiarare inammissibile la questione e a sollecitare il giudice *a quo* affinché questi proponesse, in sua vece, il rinvio pregiudiziale. Con la conseguenza che, mentre gli orientamenti del giudice comunitario penetravano ugualmente per altre vie nella giurisprudenza costituzionale, la Corte costituzionale, avendo rinunciato al principale canale di dialogo diretto, si concludeva l'opportunità di influenzare a sua volta la giurisprudenza comunitaria (124). Proprio il tenore sempre più esplicitamente costituzionale delle pronunce della Corte di giustizia deve avere indotto il nostro giudice delle leggi a porre fine al suo isolamento e a riconoscere finalmente che «la Corte costituzionale, pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234, terzo paragrafo, del Trattato Ce» (125).

Appare chiara, allora, la ragione per la quale un numero crescente di corti costituzionali europee afferma in modo esplicito il proprio ruolo di garante dei valori costituzionali (126). I giudici costituzionali accettano di cooperare all'attuazione del diritto co-

gue at the Time of Constitutional Activism in the European Union, Jean Monnet Working Papers, n. 12/2007.

(123) Così, M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia italiana*, cit., 110.

(124) Sul tema, ex multis, F. SORRENTINO, *Rivisitando l'art. 177 del Trattato di Roma, in Lo stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milano, 1994, 646 ss., Ce, in P. CIARLO, G. PIRRUZZELLA e R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1997, 171 ss., e N. BASSI, *Ancora sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e sulla nozione di «giudice nazionale»*: è giunto il momento della Corte costituzionale?, in questa Rivista, 2000, 155 ss.

(125) Corte cost., ord. n. 103/2008.

(126) La dottrina italo-tedesca del contro-limiti al primato del diritto comunitario è stata accolta anche dalla Corte Suprema irlandese (decisione del 24 dicembre 1996), dalla Corte Suprema danese (decisione del 6 maggio 1998), dalla High Court inglese (decisione *Mc Whirter & Gaurier v Secretary of State for Foreign Affairs*, 2003), dal Conseil constitutionnel francese (decisione 10 giugno 2004, n. 2004-496 DC), dal Tribunal constitucional spagnolo (decisione 13 dicembre 2004, n. 1/2004) e dal Tribunale costituzionale polacco (decisione 11 marzo 2005, K. 19/2004). Sulla posizione di difesa della sovranità nazionale assunta dalle Corti costituzionali tedesca, polacca e ceca in riferimento alla di-

munitario e della Cedu, ma non rinunciano a porre riserve — il rispetto dei principi fondamentali o dell'intero dettato costituzionale — per salvaguardare l'integrità del sistema di garanzie e di valori propri dell'ordinamento interno (127).

Dunque, dalla duplice decisione di assoggettare le pronunce della Corte di Strasburgo ad una verifica di compatibilità con la Costituzione e di iniziare ad utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, traspare l'intenzione della Consulta di intervenire nella *judicial conversation* tra le corti europee ponendosi come interlocutore, ad un tempo, collaborativo (al punto da amplificare gli effetti delle decisioni di quelle corti nell'ordinamento interno) ma vigile e pronto, se necessario, a resistere (128).

La Corte costituzionale dimostra, così, di percepire il pericolo che deriverebbe da uno *ius commune* dei diritti fondamentali costruito «dall'alto». La posta in gioco è l'alterazione di quel sottile equilibrio tra unità e diversità, tra la ricerca di un patrimonio comune di valori e la salvaguardia della specifica identità costituzionale degli Stati, su cui si fonda la costruzione europea. Sotto questo profilo, l'affermazione della supremazia costituzionale non è solo la chiave di accesso al «salotto buono» del costituzionalismo multi-livello, ma è, insieme, un modo per imporre «dal basso» il principio europeo della tolleranza costituzionale (129).

b) Meno discusso, ma non meno importante, è il ruolo che le supreme corti nazionali possono svolgere nel contesto globale.

sciplina del mandato d'arresto europeo, O. POLLICINO, *Dall'Est una lezione sui rapporti tra diritto costituzionale e diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2006, 819 ss., e J. KOMÁREK, *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant — In Search of the Contrapunctual Principles Limits*, in *Common Market Law Review*, 2007, 9 ss. Si veda anche, sull'ideologia giudiziaria diffusa nei nuovi Stati membri, Z. KÜHN, *The Application of European Law in the New Member States: Several (Early) Predictions*, in *German Law Journal*, 2005, 565 ss.

(127) In proposito, J.P. JACQUÉ, *Droit constitutionnel national. Droit communautaire. CEDH. Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2007, 3 ss., spec. 11-15.

(128) Sull'effetto di auto-emarginazione dal dialogo giudiziale europeo prodotto dalla giurisprudenza costituzionale pregressa, e sull'art. 117, comma 1, Cost. come occasione per rientrarvi, G. ZAGREBELSKY, *Corti europee e corti nazionali*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa*, Milano, 2003, 539 s.

(129) Sul principio di tolleranza costituzionale, J.H.H. WEILER, *Federalismo e costituzionalismo: il «Sonderweg» europeo*, in Id., *La Costituzione dell'Europa*, cit., 527 ss. Sul rilievo di tale principio nel dialogo giudiziale europeo, in una prospettiva speculare rispetto a quella qui adottata, O. POLLICINO, *Against the Idea of «Americanization» of European Judicature in the Context of the New Era of Judicial Globalization*, in *Panoptica*, 2007, maio-junio, 407 ss.

Sotto questo profilo, l'utilità del primato della Costituzione è duplice: esso è funzionale sia all'esigenza di avere più diritto, cioè di rafforzare la *rule of law* rispetto alla negoziazione politica, sia all'esigenza opposta — esaminata più avanti (sub c) — di avere meno diritto, cioè di evitare che i giudici internazionali si appropriino di decisioni che sarebbe più opportuno riservare alle sedi politiche.

Per quanto attiene al primo aspetto, l'apertura al diritto internazionale è, di per sé, considerata un avanzamento nel processo di civilizzazione giuridica. Per questo, si afferma che «there is a *prima facie duty of civility* to comply with even those norms of international law that the majority of national citizens believe to be deficient» (130). Tuttavia, lo strumento tipico di elaborazione ed attuazione del diritto internazionale è la negoziazione politica e questa si svolge in un contesto giuridico frammentario (131), nel quale manca una costituzione formale e mancano, o stentano ad affermarsi, principi di carattere generale, validi per tutti i *sectoral regimes*.

Si consideri, ad esempio, il principio di *due process* (132). Che non si tratti di un principio generale dell'ordine giuridico globale è reso evidente dalla rinuncia dei giudici comunitari a sindacare il potere del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite di congelare i patrimoni dei presunti terroristi. Tale potere è esercitato senza riconoscere ai diretti interessati né garanzie procedurali davanti all'organo transgovernativo che decide (il c.d. *1267 Committee*, che assiste il Consiglio di sicurezza nell'aggiornamento della lista dei presunti terroristi), né il diritto ad impugnare la decisione davanti ad un giudice (data l'assenza di una corte internazionale competente) (133). Tuttavia, il Tribunale di

primo grado europeo ha affermato, in base ad un approccio rigidamente monista, che le misure europee di congelamento attuative di decisioni dell'Onu sono legittime, in quanto non devono attenersi ai principi di garanzia previsti dal diritto comunitario (tra i quali rientra il *due process*), bensì (solo) ai principi dello *ius cogens*, che, invece, non includono il *due process* (134).

Questo caso evidenzia le implicazioni negative del principio di legalità internazionale: se a tale principio non si associa nessun filtro o correttivo, il diritto internazionale penetra nell'ordinamento domestico anche quando esso ha contenuto anti-costituzionale, comportando l'aggravamento del sistema domestico di tutela (135). L'affermazione del primato dei valori costituzionali rispetto al diritto internazionale serve appunto ad evitare questo esito. Per tornare all'esempio del congelamento dei beni, la Corte costituzionale italiana potrebbe affermare che le decisioni di congelamento adottate dall'Onu e recepite a livello comunitario sono incompatibili con le garanzie di difesa contemplate nel dettato costituzionale. Una simile presa di posizione determinerebbe in un colpo solo il mancato rispetto di obblighi derivanti dall'Onu e, di riflesso, dall'Unione europea. Tuttavia, potrebbe servire ad indurre i giudici comunitari ed il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite a riesaminare la loro attuale posizione, in vista di un più equilibrato bilanciamento tra le esigenze di sicurezza e quelle di garanzia (136).

(134) Trib. CE, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakat International Foundation contro Consiglio e Commissione*, causa T-306/01, 21 settembre 2005, e Trib. CE, *Yassin Abdullah Kadi c. Consiglio e Commissione*, causa T-315/01, 21 settembre 2005. Si vedano anche le successive sentenze Trib. CE, *Fargy Hassan c. Consiglio e Commissione*, Case T-49/04, 12 luglio 2006, e Trib. CE, *Chafiq Ayadi c. Consiglio*, Case T-253/02, 12 luglio 2006), nelle quali i giudici comunitari confermano il medesimo approccio, dimostrando, però, una maggiore attenzione per il profilo garantistico.

(135) In proposito, K.-L. SCHPEPPE, *The migration of anti-constitutional ideas: the post-9/11 globalization of public law and the international state of emergency*, in S. CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2007, 373, ove si rileva che, specie di fronte ad emergenze globali come quella terroristica, «it is not just constitutional ideas that migrate, but it may well be anti-constitutional ideas as well». Si veda anche, *Id.*, *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case of Studying Cross-constitutional Influence Through Negative Models*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2003, 296 ss.

(136) Ovviamente, lo stesso effetto si produrrebbe se fosse direttamente la Corte di giustizia, in sede di appello della sentenza *Kadi* del Tribunale di primo grado (causa C-402/05 P), a modificare l'orientamento della giurisprudenza comunitaria. Appunto in questa direzione è orientata l'opinione dell'Avvocato generale Poiares Maduro (in causa C-402/05 P, *Kadi*, 16 gennaio 2008).

(130) M. KUMM, *Constitutional Democracy Encounters International Law: Terms of Engagement*, cit., 263.

(131) Il problema della frammentazione nell'ordine giuridico globale è esaminato nel rapporto International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, spec. n. 481 ss., su cui P.M. DUPUY, *A Doctrinal Debate in the Global Studies Era: On the «Fragmentation» on International Law*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 1, 1 ss., e B. CONFORTI, *Unité et fragmentation du droit international*, «*Glisesz, moriels, n'appuyez pas*», in *Revue générale de droit international public*, 2007, 5 ss. Per un quadro generale, K. WICKENS-R. HUESA-VINAXA, *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Brussels, 2006.

(132) S. CASSESE, *Un giusto procedimento globale?*, in *Id.*, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006, 120 ss.

(133) Sul problema della giustiziabilità degli atti del Consiglio di Sicurezza, J. DUGARD, *Judicial Review of Sanctions*, in V. GOWLAND-DEBBAS (ed.), *UN Sanctions and International Law*, The Hague, 2001, 83 ss.

In un contesto nel quale la logica della «*clinical isolation*» delle discipline di settore tende a prevalere sull'applicazione di principi generali di garanzia (137), la dottrina della supremazia costituzionale costituisce un fondamentale correttivo. Com'è accaduto con la dottrina dei contro-limiti a livello comunitario, l'affermazione del primato della Costituzione permette alle supreme corti nazionali di accelerare ed orientare la costruzione in via giudiziale del diritto pubblico internazionale, sollecitando la creazione di più diritto, ossia di principi condivisi che fungano da cornice giuridica alla negoziazione intergovernativa.

c) Nello spazio giuridico globale, il potere giudiziario è più sviluppato sia di quello esecutivo che di quello legislativo (138). Questo squilibrio accentua il rischio di «*counter-majoritarian activism*» dei giudici globali nei confronti delle decisioni assunte a livello domestico (139).

Secondo un punto di vista diffuso e largamente condivisibile, le scelte regolatorie nazionali meritano un atteggiamento di *deference* da parte delle corti internazionali, poiché sono il risultato di un processo politico democratico (140). Le corti internazionali dovrebbero, perciò, attenersi ad un sindacato di tipo procedurale: il loro compito fondamentale dovrebbe essenzialmente consistere nel verificare che nel processo decisionale domestico sia garantita una adeguata rappresentanza agli interessi non-nazionali coinvolti (141). Sennonché accade che i giudici internazionali invalidino importanti decisioni domestiche per ragioni non procedurali,

(137) International Law Commission, *Fragmentation of International Law*, cit., n. 487.

(138) Sulla proliferazione degli organi giurisdizionali oltre lo Stato, M. COUSTON, *La multiplication des juridictions internationales. Sens et dynamiques*, in *Journal de droit international*, 2002, 7 ss., e A. DEL VECCHIO, *Nuovi profili della giurisdizione internazionale*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 2004, 971 ss. Sul rapporto che tale fenomeno ha con il problema della frammentazione, T. TRÉVES, *Fragmentation of International Law: the Judicial Perspective*, in *Comunicazioni e studi*, 2008, in corso di pubblicazione.

(139) Per tutti, R. H. BORK, *Coercing Virtues: the Worldwide Rule of Judges*, New York, 2002 (trad. it. *Il giudice sovrano*, Macerata, 2004).

(140) Per una compiuta formulazione di questo punto di vista, A. VON BOGDANDY, *Law and Politics in WTO — Strategies to Cope with a Deficient Relationship*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, vol. 5, 609 ss.

(141) Cfr. M. POJARÉS MADURO, *We, The Court*, Oxford, 1998, 173, secondo il quale i giudici europei (ma lo stesso vale, a fortiori, per i giudici internazionali) «should not second-guess national regulatory choices, but should instead ensure that there is no under-representation of the interest of national of other members States in the national political process».

beni di merito, con il risultato che il bilanciamento tra interessi operato dalle autorità domestiche viene modificato da organi che non sono legittimati a rappresentare quegli interessi (142). Il caso di scuola è quello in cui il *dispute settlement body* dell'Omc ha stabilito che il principio della libera circolazione delle merci deve prevalere sulla decisione domestica (in quel caso, comunitaria) di vietare il commercio degli organismi geneticamente modificati per prevenire possibili rischi per la salute umana (143).

È evidente che la posta in gioco non è più, come nei casi sopra esaminati, la protezione dei diritti umani: rispetto ad essa, la dottrina della supremazia costituzionale è funzionalmente equivalente — e, anzi, coincide — con la dottrina dei contro-limiti. La posta in gioco è, qui, la potestà regolatoria degli Stati, cioè il riconoscimento alle autorità politiche domestiche di una sfera autonoma di decisione, attinente alle scelte fondamentali della *community of fate* che quelle autorità rappresentano.

È sotto questo profilo che emerge una (potenziale) specificità della dottrina della supremazia costituzionale. Valorizzando le norme *strumentali* contenute nella Costituzione, i giudici costituzionali potrebbero, infatti, assumere una ulteriore funzione di controllo: potrebbero, cioè, ammettere — al di fuori dell'area dei diritti umani — la vincolatività solo di quelle pronunce internazionali che siano fondate su un sindacato di tipo procedurale (invece che sostanziale) delle decisioni nazionali (144). In tal modo, le corti nazionali assumerebbero la veste di *national watchdogs* non solo dell'identità costituzionale, ma anche dell'autonomia regolatoria statale.

Segnalare questa possibile diramazione del nuovo cammino internazionale della Corte costituzionale non significa, d'altro

(142) Sulle implicazioni del ruolo di guida assunto dai giudici nel processo di integrazione economica, sia (in passato) a livello europeo, sia (nel presente) a livello internazionale (Omc), si veda J. H. H. WEILER, *Epilogue: Towards a Common Law of International Trade*, in *Id.* (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade?*, Oxford, 2000, 202 ss.

(143) Il riferimento è alla nota decisione *Hormones* (WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products*, 16 gennaio 1998), mai attuata dalla Comunità europea. Per gli sviluppi recenti della controversia, si veda il Rapporto del Panel WTO, WT/DS321, *Continued Suspension of Obligations in the EC-Hormones Dispute*, del 31 marzo 2008.

(144) Facendo leva sulle norme della seconda parte della Costituzione, la Corte costituzionale potrebbe, ad esempio, sostenere che le decisioni sugli interessi fondamentali dei cittadini sono riservate alle autorità domestiche, salvo che un trattato internazionale (ratificato) statuisca espressamente in senso contrario.

canto, formulare un auspicio in tal senso. Nell'immediato, una presa di posizione di questo tipo genererebbe il sospetto — e forse anche il rischio concreto — di un arretramento rispetto al principio di legalità internazionale. Per evitare che ciò accada, occorrerebbe una paziente opera di elaborazione dei parametri di controllo: il generico limite di compatibilità con la Costituzione, enunciato nelle sentenze n. 348 e 349, non è sufficiente a guidare i giudici costituzionali nella delicatissima attività di «filtraggio» delle pronunce internazionali nell'ordinamento interno.

La conseguenza che se ne può trarre è, perciò, duplice. La prima è che il principio di supremazia costituzionale enunciato nell'ottobre 2007 ha, rispetto alla dottrina dei contro-limiti, una sua specificità. Essa consente ai giudici costituzionali di cooperare alla costruzione dell'ordine giuridico globale non solo affinché la negoziazione politica avvenga nel rispetto della *rule of law*, ma anche affinché — ed in ciò sta il contributo specifico — i giudici (internazionali) non erodano i residui spazi di autonomia regolatoria spettanti agli organi politico-amministrativi (nazionali). La seconda conseguenza è che, per svolgere questa nuova missione, la Corte costituzionale è chiamata a dotarsi di strumenti di precisione: è, cioè, attesa da una impegnativa opera di affinamento delle «regole d'ingaggio» necessarie a gestire i conflitti con l'ordine globale e i suoi giudici.

5. Conclusioni.

« Il est véritablement dur pour des magistrats qui, en science, ont toujours estimé qu'ils n'étaient pas qualifiés pour instaurer un gouvernement des juges d'être obligés d'en instituer les principes pour le compte d'une institution extérieure à leur système nationale ». Così, alcuni decenni or sono, un noto professore di diritto internazionale riassumeva le difficoltà dei giudici francesi, chiamati ad assicurare l'osservanza del diritto internazionale a livello domestico (145). Con le sentenze n. 348 e 349 del 2007, i giudici costituzionali italiani hanno affermato essi stessi l'esistenza di un obbligo generale al rispetto del diritto internazio-

nale pattizio. Quali sono le ragioni che hanno indotto i nostri giudici costituzionali a compiere questa difficile scelta?

La principale ragione è legata all'esigenza di rafforzare la protezione dei diritti dei cittadini. Già in passato, la Corte costituzionale aveva utilizzato la Cedu come documento «costituzionalmente materiale», cioè «come insieme di criteri interpretativi della Costituzione e della tutela dei diritti fondamentali» (146). Oggi, quel documento integra, insieme agli altri trattati internazionali in materia di diritti umani, il dettato costituzionale. La Consulta può, così, promuovere un «allineamento verso l'alto» del sistema di garanzie, da un lato, riempiendo i vuoti di tutela che talora affiorano nel tessuto costituzionale del 1948; dall'altro, impedendo che la protezione assicurata dal legislatore ai diritti dei cittadini scenda al di sotto dello standard minimo stabilito dal diritto internazionale. Questo esito, da molti auspicato, si inscrive in un processo di valorizzazione della tutela multi-livello dei diritti, nell'ambito della quale «il tradizionale principio della certezza del diritto tend[er] ad evolversi in un più adeguato principio di *certezza e massimizzazione della tutela*» (147).

A questa spiegazione, che fa da sfondo al percorso qui compiuto, se ne aggiungono altre tre, emerse nel corso dell'indagine. La prima è desunta dalla giurisprudenza costituzionale pregressa: da tempo, la Corte aveva avviato un ripensamento dell'impostazione dualista originaria, al fine di conciliarla con l'osservanza del diritto internazionale; la nuova formulazione dell'art. 117 Cost. ha agevolato tale sviluppo, consentendo il completamento di quella parabola internazionalista. La seconda spiegazione attiene alle dinamiche istituzionali: il nuovo orientamento, di fatto, rafforza la posizione del giudice delle leggi nell'ordinamento interno, non solo — come da più parti evidenziato — nei confronti dei giudici comuni, ma anche e soprattutto *vis-à-vis* il potere legislativo. La conseguenza è una silenziosa alterazione dell'equilibrio istituzionale domestico a vantaggio della componente non maggioritaria. La terza ragione, infine, è legata alla dialettica giudiziale multi-livello. In virtù della scelta compiuta nell'ottobre 2007, la Consulta assume il ruolo di garante dell'integrità del pa-

(145) P. REUTER, *L'application du droit international par le juge français*, Paris, 1972, 42 (cit. in S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali*, cit., nt. 33).

(146) F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., 53.

(147) Così l'estensore della sentenza n. 348 del 2007, G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, cit., 16.

trimonio costituzionale nazionale: sia a livello europeo, per arginare l'attivismo delle corti di Strasburgo e Lussemburgo; sia a livello internazionale, per partecipare, orientandola, alla costruzione in via giudiziale dell'ordine giuridico globale.

Le sentenze n. 348 e 349 del 2007 aprono, dunque, una nuova fase del cammino internazionale della Corte. Il nuovo percorso, però, non è agevole. La Corte costituzionale è chiamata a percorrerlo, per un verso, bilanciando tra loro le ragioni dell'internazionalismo liberale con le esigenze di salvaguardia dell'*ethos* costituzionale nazionale; per l'altro, ricercando un accettabile equilibrio tra la *deference* verso il legislatore e l'attivismo imposto dalla partecipazione alla *judicial conversation* con le corti europee e globali.

articoli

PARTE SPECIALE

GIULIA BERTEZZOLO

IL PROCEDIMENTO PER L'INDIVIDUAZIONE DEI PROGETTI PRIORITARI NEL SETTORE DEI TRASPORTI (ARTT. 154-156 DEL TRATTATO): CARATTERI E LIMITI DELLA PIANIFICAZIONE COMUNITARIA (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La rete transeuropea dei trasporti nelle disposizioni del Trattato. — 3. Peculiarità ed evoluzione del procedimento di individuazione dei progetti prioritari. — 4. Caratteri del procedimento: un esempio di decisione concertata. — 5. I soggetti comunitari coinvolti nel procedimento. — 6. Procedimento comunitario e procedimenti nazionali tra potere d'iniziativa e completezza dell'istruttoria. — 7. *Segue*: il coinvolgimento delle amministrazioni e collettività locali. — 8. Limiti di effettività delle decisioni adottate. — 9. Gli strumenti di coordinamento esecutivo. — 10. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione.

Nelle materie di interesse comunitario sono diversi ormai gli scritti che sottolineano il superamento della rigida separazione tra esecuzione affidata interamente alle amministrazioni nazionali oppure alla Comunità europea in favore di un'amministrazione fondata sull'intervento, a vari livelli, di autorità nazionali e comunitarie (1).

(*) Questo studio è stato elaborato nell'ambito della ricerca su « *Disciplina e funzioni del procedimento amministrativo nei diritti e nel diritto europeo* », cofinanziata dal Ministero dell'Università e dall'Università di Trento. Esso ha avuto altresì il sostegno della Compagnia Investimenti e Sviluppo - C.I.S. di Villafranca di Verona.

(1) Si vedano, ad esempio, M. P. CHITTI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 1999; G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1510 ss.; E. CHITTI e C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, il Mulino, Bologna, 2003; S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, in F. BIGNAMI e S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Quaderno n. 1, Giuffrè, Milano, 2003, p. 31 ss.; M. S. GIANININI, *Profili di diritto amministrativo delle Comunità europee*, in *Rivista Trime-*