

**GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE**

Anno XLVII Fasc. 6 - 2002

Marta Cartabia e Alfonso Celotto

---

**LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE IN  
ITALIA DOPO LA CARTA DI NIZZA**

---

Estratto



Milano • Gluffrè Editore

### LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE IN ITALIA DOPO LA CARTA DI NIZZA

SOMMARIO: 1. La Carta di Nizza: un interrogativo sul destino delle Corti costituzionali. — 2. La Corte costituzionale come garante privilegiato dei diritti fondamentali. — 3. L'impatto formale della Carta dei diritti fondamentali sulla giustizia costituzionale. — 4. La portata interpretativa della Carta. — 5. La Corte di giustizia come giudice di costituzionalità. — 6. La tentazione dei giudici comuni: i diritti fondamentali *à la carte*. — 7. Il problema del superamento della teoria dei controlimiti. — 8. L'emarginazione della Corte costituzionale come processo di *auto-esclusione*.

1. *La Carta di Nizza: un interrogativo sul destino delle Corti costituzionali.* — L'impatto del diritto comunitario sulla giustizia costituzionale nazionale è stato dirompente, già prima della approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Basti ricordare che proprio il problema della compatibilità con il diritto comunitario ha radicalmente modificato — senza esplicite revisioni costituzionali — l'assetto del sistema di giustizia « vivente » in Italia.

Malgrado la Costituzione e le leggi di attuazione del 1948 e del 1953 avessero disegnato un sistema accentrato con qualche elemento di diffusione, oggi a ben vedere abbiamo un sistema « misto », similmente a quello operante in Grecia, Portogallo e in alcuni sistemi sudamericani (Perù, Ecuador, Colombia) (1). La validità delle leggi non è più infatti controllata dalla sola Corte costituzionale, ma abbiamo un duplice regime, a seconda che il conflitto degli atti legislativi si configuri con la sola Costituzione oppure con il diritto comunitario (e, indirettamente con la Costituzione) (2).

Nel primo caso, la competenza a conoscerne è rimasta *accentrata* alla Corte, in base al sistema delineato in Costituzione, con pronunce di annullamento *erga omnes*, ad effetto costitutivo. Nel secondo, la

---

(1) Per un quadro su tali sistemi, in lingua italiana, PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino 1998, specie 39 ss.

(2) È quasi superfluo ricordare che la violazione del diritto comunitario ridonda comunque in una violazione della Costituzione, in forza dell'art. 11 e, ora, dell'art. 117, comma 1.

competenza spetta *diffusamente* a tutti i giudici (ed a tutti gli operatori del diritto), con un potere-dovere di disapplicazione/non applicazione delle norme legislative nazionali, con efficacia dichiarativa, *inter partes* (3), che modifica radicalmente anche la portata del principio di soggezione del giudice solo alla legge, di cui all'art. 101 Cost. (4).

Non mancano, poi, gli intrecci e le sovrapposizioni tra tali forme di controllo, tanto che — al fondo — quanto meno in alcuni casi, sorprendentemente, la conformità al diritto comunitario assorbe e capovolge la conformità alla Costituzione.

Si pensi che, ormai, una legge interna se conforme a norma costituzionale, ma difforme da norma comunitaria, è comunque illegittima; mentre se difforme da norma costituzionale, ma conforme a norma comunitaria, diviene comunque legittima! Ecco allora che, nelle materie di competenza comunitaria, il problema della legittimità costituzionale delle norme interne — ancor più oggi, in forza del nuovo comma 1 dell'art. 117 Cost. — viene assorbito dal problema della legittimità comunitaria.

Tali dirompenti effetti addirittura fanno pensare che oggi non si possa più parlare semplicemente, in Italia, di controllo di legittimità costituzionale delle leggi, ma occorra precisare che il controllo sugli atti legislativi è di *tipo costituzional-comunitario* (o qualcosa di simile).

In questo quadro — comunque problematico (5) e autorevolmente ricostruito in chiave meno sconvolgente, come « armonia tra diversi » (6) — va ad inserirsi l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali del-

(3) Questo orientamento fondato sulla notissima sent. n. 170 del 1984 della Corte costituzionale, è stato da ultimo ribadito con l'ord. n. 238 del 2002, di fronte alla richiesta di un giudice che ancora chiedeva l'intervento della Corte costituzionale per risolvere un caso di conflitto tra norma interna e norme europee direttamente applicabili. La soluzione offerta dalla Corte nel caso di specie appare, tuttavia, ad oggi, insoddisfacente in quanto rispetto alle norme oggetto della questione (in tema di blocco delle tariffe assicurative) pendeva a livello comunitario procedura di infrazione che la decisione di annullamento della Corte costituzionale — e non certo la disapplicazione dei giudici comuni — avrebbe consentito di bloccare.

(4) La similitudine con i modelli di legittimità costituzionale « misti » diffusi in altri paesi è solo parziale, in quanto tali sistemi accoppiano elementi di sindacato accentrato ed elementi di sindacato diffuso, comunque per controllare la conformità alla Costituzione nazionale degli atti legislativi. La deroga creata dal diritto comunitario, invece, differenzia le due forme di controllo in base al parametro, con un controllo che resta accentrato per la legittimità costituzionale e diviene diffuso per la legittimità comunitaria degli atti legislativi nazionali.

(5) Per qualche considerazione più diffusa, sia consentito rinviare a CELOTTO, *Legittimità costituzionale e legittimità comunitaria (prime considerazioni sul controllo di costituzionalità in Italia come sistema « misto »)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo* 2002, 47 ss.

(6) Il riferimento è ad ONIDA, « *Armonia tra diversi* » e *problemi aperti*, *La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.* 2002, 549 ss., il quale sminuisce l'impatto del diritto comunitario sulle competenze della corte, tracciando una netta distinzione tra questioni di legittimità costituzionale e questioni di legalità comunitaria e specificando che ogni questione ha una sua specifica collocazione in una delle due categorie, senza che si diano vere sovrapposizioni.

l'Unione europea che pone un ulteriore interrogativo sul *destino delle Corti costituzionali come « giurisdizioni costituzionali delle libertà »*, secondo la nota e felice espressione di Mauro Cappelletti (7).

Si tratta di un interrogativo proiettato nel futuro, perché fino ad oggi la Carta non ha prodotto — né poteva produrre — effetti significativi sulla giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali in materia di diritti fondamentali. I richiami che si trovano in alcune sentenze, anche della Corte costituzionale italiana (8), e che non sono certo sfuggiti all'attenzione dei commentatori (9), non costituiscono mai le *rationes decidendi* delle sentenze, né condizionano l'andamento argomentativo delle Corti. Sono fenomeni che si muovono sul piano retorico, il cui pregio è di testimoniare un'accoglienza simpatetica da parte dei giudici nazionali all'avvenimento della scrittura (10) dei diritti europei.

Diverso potrebbe essere lo scenario quando la Carta avrà forza normativa: allora le Corti costituzionali nazionali potrebbero essere chiamate a decidere sui diritti fondamentali in base a parametri di giudizio modificati o integrati, oppure potrebbero trovarsi a giudicare sotto l'influsso di nuovi elementi interpretativi, o ancora i loro ambiti di competenza in materia di tutela di diritti fondamentali potrebbero venire in tutto o in parte occupati da altre autorità giurisdizionali.

Data l'importanza dei problemi che si profilano all'orizzonte — un orizzonte che non è poi molto remoto —, non sembra prematuro avviare una riflessione sull'impatto che la Carta potrà dispiegare sulle Corti costituzionali nazionali. Del resto, le prime conclusioni del gruppo di lavoro della Convenzione di Laeken, su « Integrazione della carta e adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo » (11), lasciano in-

timità costituzionale e questioni di legalità comunitaria e specificando che ogni questione ha una sua specifica collocazione in una delle due categorie, senza che si diano vere sovrapposizioni.

(7) CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano 1955.

(8) Si vedano le sentenze della Corte costituzionale nn. 135 e 445 del 2002, esaminate *infra*.

(9) Per un quadro sintetico dei richiami giurisprudenziali alla Carta dei diritti, sia da parte dei giudici europei, sia da parte delle Corti nazionali si veda FERRONI-MARCHISIO, *La giurisprudenza sul valore normativo della Carta dei diritti*, in *Quad. cost.* 2002, 672 ss.

(10) Parafrasando PINELLI, *Il momento della scrittura*, Bologna 2002.

(11) Relazione finale del Gruppo II - Integrazione della Carta/adesione alla Cedu, 22 ottobre 2002, Conv. 354/02. Dopo aver affermato che « tutti i membri del gruppo hanno espresso una posizione di decisa approvazione sull'incorporazione della Carta secondo modalità che conferiscono a quest'ultima carattere giuridicamente vincolante e status costituzionale », il Gruppo propone al plenum della Convenzione tre diverse opzioni di base per conseguire l'obiettivo concordato: a) inserimento del testo degli articoli della Carta all'inizio del trattato costituzionale in un titolo o in un capo del trattato; b) inserimento di un adeguato riferimento alla Carta in un articolo del trattato costituzionale, da completarsi allegando l'attuale testo della Carta in un protocollo del trattato; c) limitarsi a un riferimento indiretto alla Carta, che consenti-

tendere un consenso diffuso sull'attribuzione di effetti giuridicamente vincolanti e *status* « costituzionale » alla Carta di Nizza, relegando i dubbi e le divergenze di vedute al campo delle scelte sulle modalità per l'annessione della Carta al testo dei trattati o, eventualmente, della Costituzione europea (12). Tutto lascia prevedere che nel breve volger di poche stagioni alla Carta sarà attribuito il medesimo valore normativo di cui godono i trattati e questo riconoscimento potrà avere ricadute importanti sui sistemi nazionali di giustizia costituzionale. Vale la pena allora provare ad individuare alcune di queste ricadute, per non arrivare del tutto impreparati ad un evento di tale portata.

2. *La Corte costituzionale come garante privilegiato dei diritti fondamentali.* — In apertura delle presenti riflessioni, può non essere superfluo ricordare, ai fini di una corretta impostazione del ragionamento, che nel modello europeo le Corti costituzionali svolgono un ruolo da protagonista nella tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali, e pur tuttavia non sono investite in via esclusiva del compito di garantire tali diritti.

A tale compito concorrono anche i giudici ordinari e amministrativi, le Corti internazionali — specie la Corte di Strasburgo — e molte altre autorità giudiziarie, ciascuna nei propri ambiti di competenza. Il ruolo della Corte costituzionale è insostituibile per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali protetti dalla Costituzione nei confronti delle leggi e degli atti con forza di legge. Negli altri casi c'è spazio per altri organi giurisdizionali, cosicché la « sacralità » (13) che circonda la giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali deriva soprattutto dal fatto che la Corte veste il ruolo di interprete privilegiato della Costituzione, in quanto *Hüter der Verfassung*.

In altri termini, la speciale funzione della Corte costituzionale come giurisdizione costituzionale delle libertà poggia sulla premessa acquisita per il costituzionalismo moderno che la garanzia dei diritti è anzitutto nella Costituzione nazionale. Le Corti costituzionali nazionali sono e resteranno i custodi privilegiati dei diritti fondamentali in quanto e fin tanto che i diritti sono e saranno iscritti nelle Costituzioni nazionali.

rebbe di attribuire a quest'ultima effetti giuridici, senza elevarla a rango costituzionale. Le stesse opzioni sono riprese in buona sostanza dal progetto preliminare di Costituzione elaborato dal Presidium della Convenzione, 28 ottobre 2002, Conv. 369/02, in particolare art. 6.

(12) Come era stato già notato, prima ancora di conoscere le conclusioni dei gruppi di lavoro della Convenzione di Laeken, era del tutto scontato che nel trattato costituzionale dell'Unione europea dovesse trovar posto nella sua interezza anche la Carta dei diritti. Così, PACE, *La dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2002, 613 ss., in particolare 640 ss.

(13) J.H.H. WEILER, *Diritti unanimi, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quad. cost.* 2002, 521 ss.

Ma è proprio questa premessa che incomincia a vacillare. La totale identificazione della garanzia dei diritti fondamentali nella Costituzione subisce attacchi da più parti, per la tendenza che va vieppiù consolidandosi a dotare ogni livello di governo di sue proprie garanzie e suoi propri diritti. La valenza unificante delle dichiarazioni dei diritti come tavole di valori che operano come limite per qualunque soggetto dotato di potere pubblico e come criterio ispiratore e di orientamento dell'azione pubblica potrebbe perdere forza di fronte al moltiplicarsi delle « Carte » (14), delle dichiarazioni dei diritti.

In quest'epoca di moltiplicazione delle dichiarazioni dei diritti, la Carta europea di Nizza, destinata a beneficiare di tutta la potenza che caratterizza le norme comunitarie negli ordinamenti nazionali, si insinua come un cuneo particolarmente acuminato nella costruzione basata sul legame tra Costituzione, tutela dei diritti e funzioni delle Corti costituzionali, e ne potrebbe scardinare gli equilibri. Per queste ragioni non pare peregrino chiedersi — fin da ora — se la Carta di Nizza ed eventualmente la Costituzione europea, siano in grado di erodere spazi e competenze delle Corti costituzionali nazionali.

3. *L'impatto formale della Carta dei diritti fondamentali sulla giustizia costituzionale.* — Dal punto di vista formale, la Carta non dovrebbe incidere sulle competenze delle Corti costituzionali nella tutela dei diritti fondamentali in questioni di portata europea. Le trasformazioni più importanti in questo ambito sono già occorse e da molto tempo. La Corte costituzionale italiana, al pari di tutte le altre Corti nazionali, ha perso terreno a favore della Corte di giustizia della Comunità europea, a partire dal momento in cui, con il caso *Stauder* del 1969, negli ambiti toccati dalle competenze comunitarie si è sviluppata la tutela giurisdizionale assicurata dalla Corte di Lussemburgo.

Rispetto alla svolta storica degli anni '60, la Carta di Nizza in fondo non aggiunge molto, almeno dal punto di vista della sua efficacia formale, ma piuttosto porta a compimento ed esplicita un processo avviatosi lontano nel tempo, quando alcune Corti costituzionali nazionali — tra cui, in prima linea, quella italiana e quella tedesca — hanno insistentemente rivolto alla Corte di giustizia la richiesta di sviluppare un sistema di tutela dei diritti fondamentali di livello comunitario. Così facendo, le Corti nazionali — anche se con la finalità immediata di conservare un proprio ruolo nell'applicazione del diritto comunitario — rinunciavano, in buona sostanza, a rivendicare una propria competenza di giudice dei diritti fondamentali verso gli atti comunitari e nei confronti delle istituzioni europee, stimolando invece lo sviluppo di un sistema di

(14) Si veda ora il bel volume di COMBA (a cura di), *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Torino 2002.

rimenti giurisdizionali proprio dell'ordinamento europeo. Dagli anni '60 in poi la Corte di giustizia ha sviluppato una propria tutela dei diritti fondamentali, rivolta principalmente alle istituzioni comunitarie, ma che coinvolge anche gli Stati membri quando agiscono in applicazione del diritto dell'Unione.

La rivoluzione risale a quell'epoca.

Il resto — dall'inserimento dell'art. 6 Tr. UE con la revisione di Maastricht, alla Carta dei diritti — non è stato altro che una evoluzione coerente di quella decisione iniziale. Da allora, si sono sviluppati due sistemi di tutela di diritti paralleli, secondo una chiara divisione di ruoli e competenze: due Carte, due Corti, due categorie di destinatari, con qualche importante punto di contaminazione (15).

In relazione a questo impianto, la Carta di Nizza, anche quando divenisse giuridicamente vincolante o acquisisse *status* costituzionale, non opererebbe trasformazioni radicali. Non bisogna dimenticare che la Carta ha un ambito di applicazione definito dall'art. 51, in sostanziale corrispondenza con l'attuale situazione, stabilita in via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia secondo la dottrina dell'*incorporation* (16). La Carta si rivolge alle istituzioni europee, mentre le istituzioni nazionali sono destinatarie dei precetti della Carta solo nei casi in cui agiscono in applicazione del diritto europeo, in qualità di braccio operativo dell'ordinamento europeo, quasi fossero anch'esse all'occorrenza istituzioni europee.

Del resto la Carta è stata scritta sotto il vincolo di codificare il diritto giurisprudenziale esistente (17). E se alcune innovazioni, anche di non poco conto, nella tutela dei diritti fondamentali sono state inevita-

(15) Si rinvia, per uno sviluppo più ampio di queste considerazioni, a CARTABIA, *The Multilevel Protection of Fundamental Rights in Europe: the European Pluralism and the Need for a Judicial Dialogue*, in corso di pubblicazione in R. TONIATTI (ed.), *The Multilevel Protection of Fundamental Rights: Lessons from Canada*.

(16) Si vedano ad esempio le decisioni 11 luglio 1985, 60 e 61/84, *Cinéthèque*; 13 luglio, 1989, 5/88, *Wachauf*; 18 giugno 1991, 260/89, *ERT*; 8 aprile 1992, 62/90, *Commissione contro Germania*; 1° febbraio 1996, 177/94, *Perfili*; 19 maggio 1997, C-299/95, *Kremzov*; 26 giugno 1997, C-368/95, *Familiapress*; 18 dicembre 1997, C-309/96, *Annibaldi*; 13 aprile 2000, C-292/98, *Karlsson*. Per una analisi completa dei casi in cui diritti fondamentali europei si applicano alle istituzioni nazionali in base al principio dell'*incorporation* si veda J. TEMPLE LANG, *The Sphere in Which the Member States are Obligated to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles*, in *Legal Issues on European Integration*, 1991/2, 23 ss.

(17) Diversa l'interpretazione di L. BESSELINK, *The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2001, 68 ss., 79, che sottolinea la diversa ampiezza della dottrina dell'*incorporation* nella giurisprudenza pregressa rispetto alla formulazione della Carta. Sulle relazioni tra il principio dell'*incorporation* come formulato dalla Corte di giustizia e come recepito nella Carta si vedano le riflessioni di R. ALONSO GARCIA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario* 2002, 1 ss., 4 ss.

bili, d'altra parte un radicale capovolgimento, specie nell'ambito di applicazione, non sarebbe stato accettato (18).

Tutto considerato, ciò che della tutela dei diritti fondamentali rimaneva alla Corte costituzionale nazionale prima della Carta, dovrebbe rimanere anche ora e anche dopo che sarà risolta la questione degli effetti giuridici.

Tutto questo è vero se ci si arresta a considerazioni basate su un punto di vista giuridico-formale, incentrato sull'efficacia della Carta e sul suo ambito di applicazione così come sono definiti testualmente dalle clausole finali. Questa interpretazione testuale non tiene però in adeguata considerazione alcuni fattori che potrebbero portare, da un lato, seguendo le linee del diritto interno, ad una incidenza della Carta sull'attività della Corte costituzionale; dall'altro, seguendo le linee del diritto comunitario, ad una valorizzazione del ruolo della Corte di giustizia e dei giudici comuni nazionali, a scapito della Corte costituzionale.

4. *La portata interpretativa della Carta.* — In un'ottica di diritto interno, alla Carta è da riconoscere, come desumibile anche dai primi orientamenti della giurisprudenza costituzionale, una valenza interpretativa del parametro di costituzionalità.

Un inequivocabile sintomo di tale aspetto lo rinveniamo nella recente sent. 24 aprile 2002, n. 135 (19), in cui la Corte ha ritenuto non fondata una questione di legittimità costituzionale « degli artt. 189 e 266-271 del codice di procedura penale e, segnatamente, dell'art. 266, comma 2, del codice di procedura penale », nella parte in cui « non estendono la disciplina delle intercettazioni delle comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'art. 614 cod. pen. alle riprese visive o videoregistrazioni effettuate nei medesimi luoghi », in riferimento agli artt. 3 e 14 Cost.

In pratica, si dubitava della mancata garanzia della captazione di immagini in luoghi di privata dimora a fini investigativi, pur ritenendola una forma di intercettazione maggiormente invasiva rispetto alle intercettazioni di comunicazioni fra presenti in luoghi di privata dimora, invece tutelate a « livello di garanzie », in quanto possibili, solo in base a provvedimento del giudice ed entro precisi limiti, di ammissibilità e temporali.

Nell'argomentazione della Corte, in primo luogo, si confuta la tesi che vuole del tutto vietata questa forma di intercettazione non solo

(18) Sulla valenza della Carta quale testo unico fra il « compilativo » e l'« innovativo », v., per tutti, PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in questa *Rivista* 2001, 189 ss.

(19) In questa *Rivista* 2002, 1062 ss. con note di PACE, *Le videoregistrazioni « ambientali » tra gli artt. 14 e 15 Cost.*; e di F.S. MARINI, *La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà « sotto-ordinata »?*

comparando le garanzie della libertà di domicilio con quelle della libertà personale e quella della libertà di comunicazione, ma anche rifacendosi — *ad adiuvandum* — alle Carte internazionali sul punto.

Si osserva poi: « Giova soggiungere che l'ipotizzata restrizione della tipologia delle interferenze della pubblica autorità nella libertà domiciliare non troverebbe riscontro né nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 8), né nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17); né, infine, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 (artt. 7 e 52), qui richiamata — ancorché priva di efficacia giuridica — per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei » (§ 2.1. *Cons. diritto*).

La Corte prosegue ritenendo che interpretativamente la captazione di immagini in luoghi di privata dimora già vada assoggettata alle medesime garanzie della intercettazione di comunicazioni fra presenti.

Anche su questo punto si argomenta a livello sovranazionale rilevando che, sebbene « libertà di domicilio e libertà di comunicazione rientrano entrambe in una comune e più ampia prospettiva di tutela della "vita privata" — tanto da essere oggetto di previsione congiunta ad opera dei citati artt. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; nonché, da ultimo, ad opera dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea — esse restano significativamente differenziate sul piano dei contenuti » (§ 2.2. *Cons. diritto*).

Il nostro giudice costituzionale, per quanto tradizionalmente assai prudente alle aperture verso il diritto comunitario (20), pur potendo decidere la causa a prescindere da ogni riferimento sovranazionale, coglie volutamente l'occasione per fare riferimento alla Carta, anche se al fine di penalizzare le maggiori garanzie previste dall'ordinamento italiano (21). Ad ogni modo, per quanto di interesse, tale richiamo alla Carta è accompagnato dalla precisazione che essa è « priva di efficacia giuridica », ma con l'aggiunta — significativa — che viene richiamata « per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei ».

(20) Come non ricordare la tradizionale e strenua difesa dell'approccio dualistico nella ricostruzione dei rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento italiano? Tale approccio ha i suoi punti di emersione in tesi quali la ricostruzione in termini di « non applicazione » piuttosto che di « disapplicazione » dell'effetto discendente dalla prevalenza delle fonti comunitarie direttamente applicabili sulle disposizioni italiane confliggenti (sent. 168 del 1991); e la affermazione della resistenza dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo alla prevalenza delle fonti comunitarie stesse.

(21) Come giustamente rilevato da PACE, *Le videoregistrazioni « ambientali » tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, cit., 1075, da tale richiamo alle Carte internazionali, discende che « la libertà domiciliare è limitabile anche con misure non rientranti nella tipologia costituzionale perché ciò è consentito in sede internazionale e comunitaria ».

Nella più recente sent. 24 ottobre 2002, n. 445, troviamo un nuovo riferimento alla Carta di Nizza. Anche in questo caso la Corte, dopo aver riaffermato l'inviolabilità dei diritti a contrarre matrimonio e a non essere sottoposti ad interferenze nella vita privata, sulla base degli artt. 2 e 29 della Costituzione, si riferisce *ad adiuvandum* ai corrispondenti articoli di alcune Carte internazionali e fra queste esplicitamente agli artt. 9 (*Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia*) e 7 (*Rispetto della vita privata e della famiglia*) della Carta di Nizza.

Si osserva che la norma censurata incide indebitamente « sul diritto di contrarre matrimonio, discendente dagli artt. 2 e 29 della Costituzione, ed espressamente enunciato nell'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e nell'art. 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva in Italia con la l. 4 agosto 1955, n. 848 (e vedi oggi anche l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000). L'uso della discrezionalità del legislatore nella determinazione dei requisiti per l'accesso ai pubblici uffici deve essere soggetto a scrutinio più stretto di costituzionalità quando non è in discussione solo la generica ragionevolezza delle scelte legislative, in relazione ai caratteri dell'ufficio, ma l'ammissibilità di un requisito la cui imposizione si traduce, indirettamente, in una limitazione all'esercizio di diritti fondamentali: quali, nella specie, oltre al diritto di contrarre matrimonio, quello di non essere sottoposti ad interferenze arbitrarie nella vita privata (proclamato nell'art. 12 della Dichiarazione universale e nell'art. 8 della Convenzione europea; e vedi oggi anche l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) » (22).

In questo caso il richiamo, ancorché laconico, risulta privo di ogni ulteriore precisazione in relazione al valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali (a differenza di quanto precedentemente fatto dalla Corte nella sent. n. 135 del 2002), quasi che la Corte abbia preso atto della sempre più concreta valenza giuridica che, sul piano sostanziale, da più parti viene attribuita alla Carta di Nizza.

Ad ogni modo, per la nostra la Corte costituzionale la Carta non può avere che una valenza di strumento interpretativo in senso « debole », a differenza di quanto accade — in altri ordinamenti di Stati membri — ove la Carta acquista di diritto una valenza interpretativa in senso « forte ».

Ci riferiamo all'ordinamento spagnolo, in quanto l'art. 10, comma 2, di tale Costituzione prevede che « le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà riconosciute dalla Costituzione, si interpretano in conformità alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e ai trattati e accordi internazionali sulle stesse materie ratificati dalla Spagna ».

(22) Così sent. n. 445 del 2002, § 3 *Cons. diritto*.

In Italia non abbiamo una tale «norma puente» — una sorta di «trasformatore permanente automatico», volendo rifarci ad istituti noti al nostro ordinamento (art. 10, comma 1, Cost.) — che introduce come automatico criterio ermeneutico delle norme sui diritti fondamentali i testi internazionali relativi ai diritti umani e le pronunce giurisprudenziali degli organi che li applicano, per cui il *Tribunal constitucional* spagnolo *in primis*, ma anche il legislatore e tutti gli operatori del diritto iberico, devono tener conto delle convenzioni internazionali sui diritti quale vincolo interpretativo dei diritti fondamentali (23).

5. *La Corte di giustizia come giudice di costituzionalità.* — Passando ad un'ottica di diritto comunitario, la Carta di Nizza va letta come elemento di valorizzazione del ruolo della Corte di giustizia.

La Corte di giustizia, si sa, non è una Corte costituzionale. Ciò nondimeno, svolge alcune funzioni assimilabili a quelle dei giudici di costituzionalità (24), specie quando giudica sulla validità di atti delle istituzioni comunitarie per violazione dei principi superiori non scritti, compresi i diritti fondamentali. Per alcuni profili e in alcuni casi, dunque, l'orbita delle attività della Corte di giustizia può incrociare quelle delle Corti costituzionali nazionali ed eventualmente trovarsi con esse in rotta di collisione.

La storia dei diritti fondamentali in Europa non è scevra di casi di conflitti costituzionali, espliciti o latenti, tra la Corte di Lussemburgo e le Corti nazionali. Chi non ricorda il caso *Grogan* del 1991 (25) in materia di aborto, dove si è evitato per poco un conflitto diretto tra la Costituzione e i giudici irlandesi da un lato e il diritto comunitario dall'altro, garantito e interpretato dalla Corte di giustizia? Oppure, più recentemente, chi non ha memoria del caso *Tanjia Kreil* (26), in cui la Corte di giustizia con una sua decisione sull'eguaglianza tra i sessi ha portato nientemeno che alla modifica di un articolo della legge fondamentale tedesca? Al di là di ogni altra considerazione, questi casi di conflitti costi-

(23) Ricordiamo che il Tribunale costituzionale spagnolo (sent. n. 292 del novembre 2000) ha richiamato la Carta — peraltro allora non ancora proclamata — per rafforzare la dichiarazione di illegittimità di diversi articoli della l. n. 15 del 1999 laddove prevede, senza adeguate garanzie, lo scambio di dati personali fra diverse amministrazioni.

(24) Anche coloro che esprimono una netta posizione contraria all'assimilazione della Corte di giustizia ad una Corte costituzionale non negano che alcune competenze del giudice europeo appartengano alla categoria del contenzioso costituzionale. Sul punto si veda L. FAVOREU, *Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles*, in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris 2002, 37-88.

(25) Decisione 4 ottobre 1991, 159/90, *Grogan*.

(26) Decisione 11 gennaio 2000, 285/98, *Tanjia Kreil*, sul punto e sulla successiva vicenda di revisione costituzionale si veda S. NINATTI, *Le donne e il servizio di leva in Germania*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2001, 240 ss.

tuzionali tra ordinamenti dicono di una possibile competizione e concorrenza tra le Corti costituzionali nazionali e la Corte di giustizia di Lussemburgo.

Fino ad oggi, la tensione fra le Corti non ha mai raggiunto livelli davvero irrimediabili. Tutti i casi di potenziale conflitto sono stati risolti pacificamente, prova ne sia che le Corti costituzionali non hanno mai messo in opera l'arma di difesa più potente di cui dispongono nei confronti dell'ordinamento europeo, e cioè la dottrina dei «controlimiti», o altre riserve analoghe che stabiliscono le condizioni di costituzionalità del vincolo comunitario, fra cui compare sempre il rispetto dei diritti fondamentali come garantiti dalle Costituzioni interne.

Fra le tante ragioni che hanno lasciato sulla carta la dottrina dei controlimiti spicca il fatto che fino ad oggi, ovvero fino all'entrata in vigore della Carta di Nizza, la Corte di giustizia si è sempre pronunciata sui diritti fondamentali in contesti affatto incomparabili con quelli in cui tipicamente si trovano a giudicare le Corti costituzionali nazionali. Tutte le più delicate questioni di tutela dei diritti fondamentali sono state portate davanti alla Corte di giustizia sotto un profilo strettamente economico: l'aborto è approdato davanti alla Corte di Lussemburgo in quanto oggetto di un'attività coperta dalla libertà di circolazione dei servizi; il problema della prostituzione (27) si è presentato come una vicenda attinente alla prestazione di un lavoro autonomo, e così via.

Questo fatto ha permesso di mantenere le debite distanze tra la giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali e la Corte di Lussemburgo in materia di diritti fondamentali. Forse i conflitti aperti fra giurisdizioni sono stati evitati anche perché gli interessi e i valori su cui la Corte di giustizia europea veniva chiamata a decidere non coincidevano mai con quelli su cui giudicavano le Corti costituzionali. Per tornare ai nostri esempi storici, mentre per le Corti nazionali l'aborto è un problema di bilanciamento tra i diritti del nascituro e i diritti della madre, per la Corte di giustizia, invece, la ricomposizione riguardava i contrastanti interessi della libertà di prestazione di servizi delle cliniche che praticano l'interruzione della gravidanza e i diritti del non nato.

Tutto questo potrebbe cambiare con la Carta di Nizza.

Anche se le violazioni dei diritti fondamentali continuassero a venire presentate davanti alla Corte di giustizia secondo la consueta prospettiva economica, non è detto che la Corte continuerebbe a decidere in quella medesima prospettiva.

I contenuti della Carta di Nizza non risentono dei limiti di competenza della Comunità e dell'Unione, tant'è vero che per evitare che della Carta potesse essere fatto un uso pretestuoso, non sconosciuto ad altre

(27) Si veda sul punto LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.* 2002, 398 ss.

esperienze federali (28), l'art. 51, par. 2 ha avuto cura di precisare che la Carta « non introduce nuove competenze o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati ».

Proprio questa insistenza sui rapporti tra diritti e competenze (29) testimonia l'eccedenza dei contenuti della Carta rispetto alle competenze delle istituzioni europee. Per l'ampiezza delle tematiche toccate, la Carta di Nizza potrebbe essere il *Bill of Rights* di un qualsiasi ordinamento giuridico statale: essa non si limita affatto a sancire i diritti più direttamente coinvolti dall'integrazione economica per occuparsi invece di ogni tipo di diritto, persino di quelli ancora sconosciuti a molti ordinamenti costituzionali nazionali. Molti hanno rilevato una notevole sproporzione tra i contenuti della Carta e il suo ambito di applicazione.

Teoricamente, stando allo stato attuale delle competenze delle istituzioni europee, molti dei diritti proclamati nel testo della Carta dovrebbero avere scarsa possibilità di essere invocati in sede giurisdizionale davanti alla Corte di giustizia. È difficile prefigurarsi casi in cui il diritto alla vita, ad esempio, oppure i diritti legati alla bioetica, la proibizione della tortura, il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, e numerosi altri, possano essere invocati contro atti delle istituzioni comunitarie. E tuttavia essi compongono la costellazione dei diritti cui la Corte di giustizia potrà far riferimento nei suoi giudizi, quando la Carta avrà valore giuridico.

Fingiamo per un momento che alla Corte di giustizia tornino, dopo l'entrata in vigore della Carta, casi tipo *Grogan* sull'aborto o *Jany* sulla prostituzione. Allora, l'abbiamo visto, la Corte di giustizia aveva risolto le questioni muovendo da una prospettiva strettamente « economica » — l'aborto come libera prestazione dei servizi e la prostituzione come attività libero professionale. Ma dopo l'entrata in vigore della Carta che cosa farebbe la Corte? Non potrebbe sentirsi chiamata a valutare le questioni

(28) Come nota PACE, *La dichiarazione Laeken e il processo costituente europeo*, cit., 648, anche nell'esperienza americana è stato affrontato esplicitamente il problema del nesso tra competenze e proclamazione dei diritti, per il timore che l'esplicito riconoscimento di diritti nella Costituzione federale fosse interpretabile come un implicito conferimento al congresso del potere di disciplinare tali diritti.

(29) Anche il gruppo di lavoro della Convenzione di Laeken ha dedicato particolare attenzione al problema dell'ambito di applicazione della Carta sottolineando ripetutamente che in alcun modo l'incorporazione della Carta nei trattati potrà alterare il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri e che in nessun caso le esigenze di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione potranno giustificare una estensione del campo di applicazione delle altre disposizioni dei trattati al di là delle competenze dell'Unione. A tal fine il Gruppo di lavoro propone alcuni adeguamenti redazionali degli artt. 51 e 52 della Carta, proprio per fugare ogni equivoco residuo circa i rapporti tra diritti fondamentali e competenze dell'Unione, Relazione finale del Gruppo II — Integrazione della Carta/adesione alla Cedu, 22 ottobre 2002, Conv. 354/02, 4 ss.

sottoposte al suo esame anche alla luce di diritti come il diritto alla vita, il diritto alla integrità fisico-psichica, il diritto alla salute, il principio di inviolabilità della dignità umana, tutti menzionati e protetti dalla Carta?

Se così fosse, quei medesimi casi sarebbero decisi secondo argomentazioni e canoni decisori di matrice tipicamente costituzionalistica, che esigono dall'autorità giurisdizionale di pronunciarsi sul bilanciamento fra diversi diritti e principi garantiti da un *Bill of Rights*. Tutto fa pensare che l'aver a disposizione una tavola scritta di diritti fondamentali da cui attingere potrebbe modificare l'autopercezione che la Corte di giustizia ha del proprio ruolo, ed indurla ad accentuare i tratti di giudice di costituzionalità, come già è accaduto in alcune fasi eroiche della sua giurisprudenza.

La valorizzazione della Corte di giustizia implicata dall'entrata in vigore della Carta non dipende allora da un incremento delle sue competenze o da un ampliamento dei suoi poteri. Né pare che l'incorporazione della Carta dei diritti nei trattati o in un testo costituzionale dell'Unione europea debba trascinare di per sé un aumento degli strumenti processuali a disposizione della Corte di Lussemburgo (30). Tuttavia, la Carta potrebbe cambiare molto il carattere dei giudizi della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali, perché arricchisce i principi cui essa può fare riferimento, condizionando tanto l'argomentazione che la decisione finale. In definitiva la Carta incide sui parametri di giudizio della Corte di Lussemburgo e la sintonizza sulla medesima lunghezza d'onda delle Corti costituzionali nazionali, aumentando i rischi di diretta rivalità.

6. *La tentazione dei giudici comuni: i diritti fondamentali à la carte.* — Fin qui abbiamo valutato la possibilità che la Carta di Nizza proietti indirettamente una zona d'ombra sulle Corti costituzionali nazionali, valorizzando la Corte di giustizia. Accanto a questa prima ipotesi, si potrebbe immaginare anche un altro scenario che sacrifica la posizione delle Corti costituzionali nazionali nella tutela dei diritti fondamentali e che però ha per protagonisti i giudici nazionali ordinari.

(30) Al contrario, l'accusa ricorrente alla Carta dei diritti è di non aver predisposto un adeguato strumentario di rimedi giurisdizionali *ad hoc*, da cui — si è sostenuto — la necessità di introdurre un *amparo* europeo. Vedi ad esempio J. LUTHER, *I diritti fondamentali riscritti pretendono nuovi rimedi?*, in P. COSTANZO (a cura di), *La carta europea dei diritti*, Genova 2002, 96 ss.; A. PERTICI, *La giustiziabilità dei diritti fondamentali*, *ivi*, 146 ss. In vero anche il gruppo di lavoro sulla Carta dei diritti presso la Convenzione di Laeken ha espresso l'opinione che una rivisitazione delle condizioni di ricorso diretto alla Corte di giustizia da parte dei singoli sarebbe auspicabile, anche se non solo ai fini di una più efficace tutela dei diritti fondamentali. Si veda di nuovo la Relazione finale del Gruppo II — Integrazione della Carta/adesione alla Cedu, 22 ottobre 2002, Conv. 354/02, 15 ss.

I giudici nazionali stanno sviluppando, almeno nei paesi che da tempo sono membri della Comunità, la cultura della diretta applicazione delle normative europee, e della disapplicazione — se necessaria — delle norme, anche legislative, nazionali. Il « giudice soggetto solo alle legge » (art. 101 Cost.) ha vinto da tempo la propria ritrosia e il proprio pudore verso la disapplicazione delle leggi interne; oggi fa parte della sua mentalità e della sua formazione culturale la facoltà di scegliere la norma di volta in volta rilevante per la risoluzione del caso di specie, in particolare dove è implicato il diritto comunitario.

Certo, i principi della diretta applicabilità e degli effetti diretti consentono la disapplicazione di norme interne entro limiti precisi e nel rispetto di condizioni predeterminate, legate alla forma e al contenuto delle normative comunitarie. La Carta dei diritti, anche una volta incorporata nel testo dei trattati, non dovrebbe abilitare i giudici nazionali a svolgere un sindacato di « legittimità rispetto ai diritti comunitari » di tutte le leggi nazionali. A ciò osta anzitutto il fatto che non tutte le disposizioni della Carta presentano quelle caratteristiche di contenuto, stabilite da tempo dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che sole abilitano i giudici nazionali a disapplicare le normative interne a favore delle norme comunitarie. Soprattutto, osta il limite dell'ambito di applicazione della Carta, già richiamato in apertura, e formulato nell'attuale art. 51. In linea di principio la Carta non è rivolta alle istituzioni nazionali e perciò non vincola nemmeno la legislazione nazionale, se non nei casi in cui questa si presenti come attuazione di precetti comunitari. Il limite della dottrina dell'*incorporation* dovrebbe scongiurare il pericolo che la Carta di Nizza venga utilizzata a piacimento dei giudici comuni, per valutare la legittimità delle norme nazionali, alla luce dei parametri da essa posti e per disapplicarle all'occorrenza.

Ma può accadere — e già accade — che, proprio in virtù di un *habitus* che si sta radicando, talvolta i giudici facciano un uso disinvolto, se non spregiudicato, dei principi della diretta applicabilità e degli effetti diretti del diritto comunitario. Allora l'impatto della Carta di Nizza sulla giurisprudenza ordinaria potrebbe essere assai più imponente di quanto si possa e si debba oggi prevedere.

Illuminante, in proposito, è osservare quanto già accade in relazione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In Italia la Convenzione è dotata solo di valore di legge ordinaria, e pertanto non è in grado di determinare l'invalidità delle leggi interne, né di giustificare la loro disapplicazione in via giudiziale. Né la Corte costituzionale, né i giudici ordinari possono garantire la prevalenza della Convenzione sulle leggi interne, se non nei limiti della interpretazione adeguatrice, perché la fonte che ha recepito la Convenzione è essa stessa una legge ordinaria, cui non è stata riconosciuta nessuna speciale efficacia, nonostante il tentativo, rimasto isolato, della sent. n. 10 del 1993 della

Corte costituzionale, forse oggi da rimeditare alla luce del comma 1 del nuovo art. 117 Cost.

Ad un'analisi sul piano del « diritto vivente » giurisprudenziale (31) si giunge però a conclusioni di tutt'altro tenore.

Iniziamo da un caso estremo, per uso patologico delle fonti del diritto e dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni. Di recente, ad esempio, è stata attirata l'attenzione su una singolare decisione del Tribunale di Genova (32) che ha fatto uso diretto della Cedu disapplicando alcune norme interne, nonostante una pronuncia della Corte costituzionale che escludeva l'incostituzionalità delle stesse disposizioni. Invocando la Cedu, il giudice ordinario ha avuto modo anzitutto di escludere la applicazione di una norma di legge ordinaria, e già questo è uno « strappo » alle regole sul regime delle fonti, non di poco conto. In più, nel caso specifico ciò ha significato anche aggirare, e in certa misura falsificare, una decisione della Corte costituzionale in materia di diritti fondamentali. Le norme della Convenzione, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, sono state invocate per disapplicare le leggi nazionali e per sottrarsi ai principi formulati dalla giurisprudenza costituzionale nazionale (33).

Un caso estremo, ma non isolato, se si considera che in un certo numero di decisioni (34), a capofila delle quali vi è addirittura una decisione della Corte di cassazione — caso *Medrano* del 1993 — i giudici ordinari assicurano la diretta applicabilità delle norme della Convenzione e le utilizzano direttamente come *rationes decidendi* delle loro pronunce, in quanto nel loro ragionare esse sarebbero equiparate al diritto comunitario, anzi sarebbero parte del diritto comunitario in virtù dell'art. 6 Tr. UE. Secondo questa linea giurisprudenziale la Convenzione europea, richiamata da un articolo del trattato UE, acquisterebbe le caratteristiche di primato e diretta applicabilità tipiche delle norme comunitarie e con-

(31) Giustamente distingue due piani l'analisi di L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, Giappichelli, 2002, che nel suo linguaggio sono proposti in termini di « profilo statico » e « profilo dinamico ».

(32) Trib. Genova sent. 4 giugno 2001, in *Foro it.*, I, 2658. Sul punto A. GUAZZAROTTI, *Il sindacato diffuso di convenzionalità delle leggi in Italia*, in *Quad. cost.*, 2003, 25 ss.; B. RANDAZZO, *Giudici comuni e corti europee dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario* 2002, 1308.

(33) Il tribunale di Genova invoca l'art. 6 della Convenzione, sul giusto processo, secondo l'interpretazione risultante ad esempio dalla decisione della Corte di Strasburgo 9 dicembre 1994, *Raffinerie greche Stran* contro Grecia, per disapplicare la l. n. 608 del 1996, art. 9, comma 21, che vieta al legislatore di intervenire con leggi retroattive che interferiscono sui giudizi in corso. La decisione della Corte costituzionale che si è pronunciata sulla medesima legge nel senso della infondatezza è la n. 419 del 2000.

(34) In proposito si vedano ampie indicazioni giurisprudenziali in B. RANDAZZO, *Giudici comuni e corti europee dei diritti*, cit., 1357 ss.

sentirebbe ai giudici di ignorare le norme interne configgenti. Così, i giudici comuni si ritengono abilitati a disapplicare le leggi interne per garantire la piena applicazione diretta alla Cedu, in quanto richiamata dall'art. 6 del Tr. UE, che — nella loro interpretazione — li abiliterebbe a farsi garanti dei diritti fondamentali anche in disapplicazione delle norme interne, senza più passare dal giudizio di costituzionalità.

Uso distorto della Convenzione (35), delle norme comunitarie e del principio dell'effetto diretto? Sicuramente c'è qualcosa di patologico in questa giurisprudenza (36). Ma certo è che questo atteggiamento che tende ad esportare fuori dai limiti consentiti le regole sull'effetto diretto e sulla disapplicazione delle leggi nazionali potrebbe contagiare anche la Carta dei diritti, specie quando sarà inclusa nei trattati europei. Quei giudici che già oggi sono propensi a valorizzare il labile nesso tra trattati europei e Cedu, non saranno forse a maggior ragione tentati di applicare direttamente la Carta dei diritti anche contro le disposizioni legislative interne e anche al di là dei limiti in cui la disapplicazione sarebbe consentita, quando essa farà parte dei trattati?

Abituati a garantire gli effetti diretti delle norme dei trattati europei, i giudici comuni potrebbero facilmente invocare i diritti fondamentali che in essi venissero ricompresi, anche al di là dei limiti e dei confini dell'ambito di applicazione degli stessi. Dopo tutto i principi della supremazia e della diretta applicabilità costituiscono una tentazione forte per i giudici ordinari, purché aumentano significativamente i loro poteri (37). E dato che essi, in ipotesi, agirebbero a difesa dei diritti fondamentali, sarebbe persino imbarazzante sconfessare la loro giurisprudenza sulla base di considerazioni formalistiche, incentrate sul valore e sull'ambito di applicazione delle norme e degli atti giuridici.

Tutto ciò che accade con la Convenzione europea dei diritti del-

(35) Più diffuso, e assai meno patologico, è l'atteggiamento dei giudici che cercano di ricomporre sul piano interpretativo le distonie tra le norme interne e la Cedu come applicata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Anzi, senza incorrere in patologie di sistema, questo è il comportamento più diffuso dei giudici italiani, che per tale via riescono a garantire la piena ed effettiva applicazione della Cedu, anche in un regime a cui ad essa è stato riconosciuto solo il rango di legge ordinaria. Gli spazi e i margini per una manovra interpretativa non sono affatto angusti in materia di diritti fondamentali, dove, di norma, l'autorità giudicante è chiamata ad operare tra diritti, principi e interessi contrastanti. Su questo punto si veda ampiamente L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, cit., 197 ss.; 269 ss.

(36) Tutti concordano sul fatto che i giudici comuni italiani non abbiano potere di disapplicare le norme interne contrastanti con la Convenzione dei diritti. Per tutti si veda E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne*, in *Riv. dir. intern.* 1993, 367.

(37) Sulle ragioni del successo dell'architettura giurisdizionale europea si rinvia alle osservazioni di WEILER, in CARTABIA-WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna 2000, 68 ss.

l'uomo potrebbe riproporsi, con le dovute differenze (38), nei confronti della Carta dei diritti, per effetto della « scrittura » e ancor più del suo eventuale inserimento nei trattati. Dopo tutto i giudici che applicano la Cedu, sono anche i giudici che assicurano il rispetto del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali e, avvezzi ad una interpretazione « *magis ut valeant* » dei diritti fondamentali, potrebbero avvalersi — a loro discrezione — della « Carta » dei diritti più acconcia a risolvere il singolo caso.

I giudici ordinari vestono ormai ruoli diversi: talvolta sono garanti della legalità statale, talaltra sono porte di accesso alla giustizia costituzionale, altre volte agiscono come veri e propri giudici comunitari, altre volte ancora il loro compito li spinge ad assicurare preferenzialmente il rispetto della Convenzione dei diritti dell'uomo, e così via. L'aver « vestito » i giudici ordinari di ruoli diversi può portare ad una contaminazione di tecniche processuali e decisorie, trasferendo regole processuali legittimamente utilizzabili in alcuni tipi di questioni a casi diversi, per i quali non ne sarebbe consentita l'applicazione. Così, in particolare, il giudice comune che in qualità di giudice comunitario tende ad effettuare un sindacato diffuso su tutta la legislazione nazionale, potrà essere tentato di vegliare sul rispetto delle diverse dichiarazioni dei diritti — Convenzione, Carta di Nizza ed eventualmente Costituzione nazionale — disapplicando la normativa nazionale ritenuta incompatibile.

Certo, ogni Carta dei diritti ha i suoi strumenti giurisdizionali: la Costituzione nazionale chiede al giudice di attivare il giudizio incidentale per portare la questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale; la Convenzione europea nei giudizi interni può fornire al giudice solo un ausilio interpretativo, mentre trova piena applicazione da parte della Corte di Strasburgo a seguito di ricorso presentato dopo l'esaurimento dei rimedi nazionali; la Carta dei diritti dell'Unione europea è affidata per lo più alle cure della Corte di giustizia, eventualmente investita da parte dei giudici nazionali con rinvio pregiudiziale, mentre questi ultimi potranno applicarla direttamente solo eccezionalmente, nei casi più volte menzionati di normative nazionali adottate in applicazione di diritto comunitario e per violazione di disposizioni della Carta dotate di effetti diretti. Tuttavia, non sarà facile mantenere chiari e distinti i diversi tipi di giudizio che le autorità giudiziarie comuni possono effettuare in nome delle diverse dichiarazioni dei diritti.

Del resto già si è visto che anche in molti ordinamenti — quelli spagnolo ed italiano in testa, come detto — la Carta dei diritti già viene invocata nella giurisprudenza nazionale, anche se spesso a scopo di mera retorica.

In alcuni casi, però, la Carta già sta esplicando effetti ingiustificati

(38) Si veda ancora A. GUAZZAROTTI, *op. cit.*, 46 ss.

presso i giudici ordinari, effetti senz'altro criticabili. Il riferimento è in particolare ad un'ordinanza della Corte di appello di Roma (39) in cui i giudici hanno disapplicato la legge interna sul patrocinio a spese dello Stato, in quanto è stata ritenuta incompatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e con la Carta dei diritti dell'Unione europea. Sul fatto che la Convenzione non abiliti i giudici nazionali alla disapplicazione delle norme di legge interna con essa in contrasto già abbiamo detto ampiamente e non pare necessario insistere oltre. A maggior ragione le medesime considerazioni valgono in relazione alla Carta dell'Unione europea: oggi, per la semplice ma radicale ragione che essa non ha alcun valore giuridico; in futuro, quando la Carta esplicherà effetti normativi, perché la legislazione sul patrocinio a spese dello Stato non cade all'interno dell'ambito di applicazione coperto dalla Carta, *ex art. 51*. Né la Carta di Nizza, né la Convenzione di Roma abilitano i giudici ordinari a percorrere indebite scorciatoie processuali, che consentano loro di giudicare *sulle leggi*, senza l'intervento della Corte costituzionale, anziché di giudicare *in base* alle leggi. Nel nostro ordinamento costituzionale il principio generale rimane in ogni caso quello secondo cui i giudici sono soggetti alla legge, e solo nelle eccezioni consentite dal principio della diretta applicabilità e dell'effetto diretto del diritto comunitario essi sono abilitati a disapplicare da sé le leggi interne. Diversamente, la tutela dei diritti fondamentali rischierebbe di trasformarsi in un'indebita breccia nel principio della separazione dei poteri tra giudiziario e legislativo.

Se già oggi che la Carta non ha valore giuridico i giudici cedono alle sirene della retorica dei diritti fondamentali europei — e la Corte costituzionale italiana non ne è andata esente — si può immaginare che a maggior ragione questo atteggiamento si svilupperà e si diffonderà con il conferimento alla Carta di tutti i crismi delle norme giuridiche e con il suo inserimento in un testo costituzionale.

La possibilità di attingere direttamente sia alla Cedu, sia alla Carta dei diritti può ampliare gli spazi di azione dei giudici ordinari, che — appunto — sembrano ben disposti a non lasciarsi sfuggire questa possibilità. In questo panorama il ricorso incidentale alla Corte costituzionale non sarebbe più la sola via percorribile per il giudice che riconoscesse nella legge nazionale la causa di una violazione dei diritti fondamentali, ma sarebbe in qualche misura declassato ad uno tra i rimedi possibili. Altre *chances* si offrirebbero al giudice ordinario che potrebbe rivolgersi alla Corte di giustizia, oppure applicare egli stesso direttamente le garan-

(39) Ordinanza della Corte di appello di Roma 11 aprile 2002, che ha ritenuto disapplicabile la normativa di legge italiana per contrasto con l'art. 6 della Cedu e con l'art. 47 della Carta di Nizza. Condivisibili le critiche di CALVANO, *La Corte d'appello di Roma applica la Carta dei diritti UE. Diritto pretorio o jus commune europeo?*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

zie più favorevoli che dovesse rinvenire in una delle « Carte europee » a sua disposizione.

Quella speciale autorevolezza della Corte costituzionale in materia di diritti fondamentali di cui si ragionava in apertura potrebbe allora davvero ridimensionarsi, per l'emergere di altre autorità giurisdizionali concorrenti.

7. *Il problema del superamento della teoria dei controlimiti.* — Le osservazioni fin qui svolte inducono a ritenere che per quanto la Carta non sia stata concepita per soppiantare le Costituzioni nazionali e i diritti da esse proclamati, né tanto meno per svalutare il ruolo delle Corti costituzionali nazionali, certo è che da un lato la valorizzazione della Corte di giustizia e dall'altro le forzature della giurisprudenza ordinaria potrebbero chiudere le Corti costituzionali in una morsa e togliere ossigeno alle loro funzioni di giurisdizioni delle libertà. Di fronte a questo scenario, che ruolo potrà giocare la teoria c.d. dei « controlimiti » alla prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno? Il quesito è di grande rilievo, perché è proprio attraverso questa dottrina che la Corte costituzionale potrebbe preservare un proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali anche nelle materie interessate dal diritto comunitario.

Gli orientamenti del giudice costituzionale italiano circa l'esigenza di salvaguardare principi e diritti fondamentali del nostro ordinamento nei confronti della Comunità europea traggono origine dalla sent. 27 dicembre 1965, n. 98, in cui si controverteva delle attribuzioni giurisdizionali della Corte di giustizia della Comunità europea: in particolare, veniva contestato — in relazione agli artt. 102 e 113 Cost. ed alla VI disp. trans. Cost. — l'art. 2 della l. 25 giugno 1952, n. 766, che ha reso esecutivo in Italia il Trattato C.E.C.A., nella parte in cui immette nell'ordinamento statale gli artt. 33, 41 e 92 del Trattato medesimo, riguardanti le competenze giurisdizionali della Corte di giustizia, con previsione di una giurisdizione esclusiva sui ricorsi avverso i provvedimenti dell'Alta autorità comunitaria. Si assumeva, specificamente, il contrasto di tali norme con principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, quali l'attribuzione della funzione giurisdizionale a magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme dell'ordinamento giudiziario, il divieto di istituzione di giudici straordinari e di giudici speciali, la garanzia ad ogni cittadino della piena tutela dei diritti e degli interessi legittimi contro gli atti della pubblica amministrazione.

In proposito la Corte costituzionale ha rilevato che gli artt. 102 e 113 Cost. « concernono soltanto la tutela dei diritti e degli interessi che sono attribuiti ad ogni soggetto per la sua posizione nell'ordinamento interno, e non dei diritti e degli interessi che gli derivano dalla sua posizione in un ordinamento estraneo come quello della C.E.C.A. »<sup>40</sup> e, quindi, ha ammesso che anche in ambito giurisdizionale possano essere attri-

buite alle Comunità competenze precedentemente assegnate allo Stato, purché ciò avvenga « senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale, [in quanto] questo diritto è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2 Cost. » (§ 2 *Cons. diritto*).

L'accento alla esistenza di un nucleo di norme costituzionali italiane comunque resistenti alle norme comunitarie — non a caso contestuale al primo riconoscimento dell'idoneità delle norme comunitarie a derogare alle norme costituzionali — viene sviluppato nella successiva sent. n. 183 del 1973, osservando che « in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità *ivi* indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni... possano comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 (ora art. 249) una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali » (§ 9 *Cons. diritto*).

Tale riserva all'apertura dell'ordinamento italiano a quello comunitario viene confermata in maniera pressoché letterale nella successiva sent. n. 170 del 1984, rilevando come « le osservazioni fin qui svolte non implicano, tuttavia, che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte, [la quale] ha, nella sent. n. 183 del 1973, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana » (§ 7 *Cons. diritto*); e ancora, sia pur sempre come *obiter dictum*, nelle sent. n. 1146 del 1988 e n. 203 del 1989.

L'insistito riconoscimento di un « freno » alla supremazia delle norme comunitarie sulle norme interne viene effettuato — almeno in questo indirizzo iniziale — in chiave essenzialmente teorica e può essere letto non soltanto come contromisura al primato delle norme comunitarie sulle norme interne, dettata dalla preoccupata consapevolezza della capacità delle Comunità europea di incidere sulle norme costituzionali; ma soprattutto come il tentativo di voler salvaguardare i diritti fondamentali dei cittadini nei confronti degli organi comunitari, inizialmente non adeguatamente tutelati in sede comunitaria.

Sappiamo che, inizialmente, il sistema comunitario costituiva una organizzazione solo economica, senza tener conto dei diritti dei cittadini. Invece la Corte di giustizia, facendo leva sui diritti economici, a partire dagli anni '70, ha elaborato un autonomo sistema di principi e diritti fondamentali, ricostruiti sulla base dei Trattati e delle Costituzioni na-

zionali (40). Negli anni più recenti, poi, della problematica si sono fatti carico anche le modifiche dei Trattati istitutivi, tanto che l'art. 6, comma 2; del Trattato sull'Unione europea ha ribadito il rispetto da parte degli organi comunitari dei « diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario ».

La salvaguardia della nostra Corte costituzionale, in buona sostanza, sembrava comunque configurarsi come una *extrema ratio* di ben difficile realizzabilità — la stessa Corte si mostra ben consapevole di tale improbabilità (41) — sia per ragioni giuridiche sia per ragioni politiche, che in questa sede non serve ricordare (42).

Proprio le difficoltà politiche ad esercitare questo sindacato, sono apparse un limite invalicabile nell'unica ipotesi in cui la Corte è stata realmente chiamata ad esercitare questa forma di controllo.

Ci riferiamo alla nota questione sollevata dal Tribunale di Venezia che dubitava della legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della l. 14 ottobre 1957, n. 1203, di esecuzione del Trattato di Roma, nella parte in cui, recependo nell'ordinamento interno l'art. 177 (ora art. 234) del Trattato CE, attribuiscono alla Corte di giustizia delle Comunità il potere di limitare nel tempo gli effetti delle pronunce pregiudiziali, rese sulla validità di disposizioni regolamentari impositive di prestazioni patrimoniali, esclude dagli effetti della dichiarazione di invalidità gli atti di esecuzione compiuti in epoca anteriore alla pronuncia, anche se oggetto della stessa questione che ha dato origine al deferimento della questione pregiudiziale. In tal modo — ad avviso del giudice remittente — si integrava una violazione dell'art. 24 Cost., in quanto si incide sul principio

(40) Tale ricostruzione si fa risalire alla già ricordata sent. 12 novembre 1969, *Stauder*, causa 29/69, seguita di lì a poco dalla sent. 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11/70.

(41) Nella sent. n. 183 del 1973 (cit., 2420, § 9 *Cons. diritto*; corsivi aggiunti), significativamente la Corte rileva che « ... qualora dovesse mai darsi dell'art. 189 una sì aberrante interpretazione », tale da implicare la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o dei diritti inalienabili della persona umana, si procederebbe a siffatto controllo.

(42) Dal punto di vista giuridico, i problemi riguardano l'oggetto, la portata e gli effetti di tale scrutinio, dovendosi individuare un oggetto possibile del controllo di costituzionalità, che non può direttamente vertere sulle disposizioni comunitarie, ma deve trovare come oggetto indiretto la legge di esecuzione del trattato. Dal punto di vista politico, le questioni si incentrano sul se una eventuale sentenza di illegittimità costituzionale comporti la revoca dell'adesione dell'Italia al sistema delle Comunità europee oppure — più limitatamente (ma è possibile?) — l'inapplicabilità in Italia di singole norme del diritto comunitario. Sul punto sia consentito rinviare a CELOTTO, *Fonti comunitarie e Corte costituzionale. Le norme comunitarie come « parametro » e come « oggetto » nei giudizi costituzionali*, ediz. provv., Roma 2000, specie 136 ss.

fondamentale del nostro ordinamento costituzionale di assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio.

Il giudice costituzionale decide la questione con la sent. 21 aprile 1989, n. 232 (43) e — pur mostrandosi fortemente perplesso su tale potere riconosciuto alla Corte di giustizia delle Comunità europee — ritiene la questione inammissibile per irrilevanza, anche se, tra le righe, lascia emergere l'impressione di non essere voluta « andare oltre », per non porsi in aperto contrasto con la Corte di giustizia delle Comunità europee e con l'ordinamento comunitario, pur avendo voluto comunque riaffermare decisamente il proprio potere di garantire i controllimiti all'ingresso del diritto comunitario (44).

Nel quadro dei complessivi rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario la sent. n. 232 del 1989 si configura, quindi — in buona sostanza — come una operazione dettata essenzialmente da una *logica compromissoria*: la Corte costituzionale da un lato, vuole riaffermare e conservare la possibilità di esprimersi sul diritto comunitario, ma allo stesso tempo — dall'altro lato — vuole evitare di porsi in una posizione apertamente conflittuale con il sistema comunitario e, *in primis*, con la Corte di giustizia.

Il vero scopo di questo recupero (formale) di poteri della Corte costituzionale italiana nei confronti dell'ordinamento comunitario non sembra essere — al fondo — quello di verificare realmente la conformità delle singole norme comunitarie con i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario. Ma sembra piuttosto consistere nella finalità — similmente a quanto emerge dalla non dissimile giurisprudenza del *Bun-*

(43) In questa *Rivista* 1989, I, 1001, con nota di CARTABIA, *Nuovi sviluppi nelle « competenze comunitarie » della Corte costituzionale*.

(44) Infatti, nell'incedere argomentativo, la Corte sembra inizialmente quasi volersi orientare nel senso di poter ritenere fondata la questione, procedendo a valutare articolatamente se l'ipotesi configurata dal giudice remittente possa effettivamente integrare una violazione dell'art. 24 Cost. Arriva così ad osservare che « il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima » (§ 4.2. *Cons. diritto*). A questo punto, però, la Corte tronca repentinamente tali considerazioni di merito, rilevando che « alla stregua delle suesposte argomentazioni la questione dovrebbe ritenersi ammissibile; prima però di procedere oltre ad esaminarne l'eventuale fondatezza nei limiti e nei termini sopra precisati, questa Corte deve compiere due ulteriori verifiche, dalle quali emergono risultanze che la inducono a pervenire a diverse conclusioni » (§ 5. *Cons. diritto*). E passa, allora, a verificare l'effettiva portata della pronuncia della Corte di giustizia rispetto al giudizio principale dinanzi al giudice *a quo*, ritenendola inapplicabile per ragioni cronologiche e quindi dichiarando la questione — non senza lasciare sul campo perplessità — inammissibile per irrilevanza.

*desverfassungsgericht* tedesco — di mantenere sempre e comunque una qualche possibilità di interloquire con l'ordinamento comunitario, non tanto attraverso pronunce caducatorie e vincolanti, bensì mediante interventi di portata essenzialmente monitoria e con finalità di cooperazione, indirizzate sia agli organi comunitari sia ai giudici ed agli operatori nazionali (45).

Occorre ricordare che anche il Tribunale costituzionale tedesco si è fatto carico della salvaguardia dei valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale nei confronti del diritto comunitario, in un primo momento affermando in linea teorica un suo potere di non dare applicazione nell'ordinamento nazionale agli atti normativi statali attuativi ed applicativi di norme comunitarie contrastanti con diritti fondamentali contenuti nel *Grundgesetz* (sent. 29 maggio 1974, c.d. *Solange I*). Successivamente — con la sentenza nota come *Solange II* del 22 ottobre 1986, ribadita nella sentenza c.d. Maastricht del 12 ottobre 1993 — ha ritenuto di dover sospendere questo proprio sindacato sulle norme comunitarie in relazione ai diritti fondamentali, quantomeno fino a quando sia garantita una sufficiente protezione ai diritti fondamentali a livello comunitario.

La nostra Corte costituzionale ha invece sempre riaffermato la sussistenza dei controllimiti (46), individuati sia nei principi supremi dell'or-

(45) Non dimentichiamo che sono stati proprio gli insistiti interventi delle Corti costituzionali italiana e tedesca — pur avendo creato inizialmente non poche tensioni — a spingere, in maniera probabilmente decisiva, la Corte comunitaria ad affermare la propria competenza a valutare i diritti fondamentali a livello comunitario (si rinvia, a CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano 1995, 129 s.). Ecco allora che queste affermazioni di residua competenza di giudici costituzionali nazionali possono essere lette come (e divenire un) luogo e occasione di collaborazione tra giudici comunitari e giudici nazionali, specialmente al fine di una integrazione sui valori fondamentali.

Per più recenti considerazioni sul problema dei controllimiti v. RUGGERI, « *Tradizioni costituzionali comuni e « controllimiti », tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, Intervento al Convegno su *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Copanello (CZ) 31 maggio-1° giugno 2002.

(46) Dopo la sent. n. 232 del 1989, la Corte non è più stata chiamata a scrutinare norme comunitarie in relazione ai « controllimiti ». In almeno cinque occasioni ha tuttavia ribadito questa forma di sindacabilità, sia pure sempre in termini molto stringati. Nella sent. n. 509 del 1995 (cit., 4311, § 2 *Cons. diritto*), nel dichiarare inammissibile l'impugnazione diretta di un regolamento comunitario, ha specificato che tale atto comunitario è stato censurato « in via diretta e non per il tramite della legge di esecuzione del Trattato, senza prospettare una violazione di principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale o di diritti inalienabili della persona umana, che questa Corte deve salvaguardare anche rispetto alla applicazione del diritto comunitario »; in tal modo ribadisce a pieno la più recente configurazione, secondo cui l'impugnazione, che può riguardare qualsiasi norma di diritto comunitario (forse con una precisazione ancora ampliativa dell'oggetto; cfr. *infra*), deve essere effettuata per il tramite della legge di esecuzione del Trattato. In quattro altre occasioni il controllo sui controllimiti è stato ribadito in termini assai più generali; in particolare nella sent. n. 168 del 1991 (cit., 1414; § 4 *Cons. diritto*) si ricorda l'esigenza di

dinamento sia nei diritti inviolabili dell'uomo, anche se non ha mai avuto il coraggio di applicarlo concretamente in nessuna delle due letture che ne ha offerto. Né nella lettura originaria, massimalista, emblematicamente espressa nella sent. n. 183 del 1973, che trattava i controlimiti come una clausola di salvaguardia « di sistema »: l'applicazione di tale dottrina, da attivarsi solo di fronte a macroscopiche e insanabili violazioni di diritti fondamentali nel sistema europeo, avrebbe condotto alla revoca della partecipazione italiana alla Comunità europea. Né in quella successivamente svolta nella sent. n. 232 del 1989 che si prestava maggiormente a fare dei controlimiti una garanzia dei diritti fondamentali nel singolo caso e quindi a preservare il ruolo della Corte costituzionale italiana come giurisdizione delle libertà anche verso le istituzioni europee, in una certa misura.

Tutto ciò prima della « svolta » rappresentata dalla Carta di Nizza.

Oggi, dopo l'approvazione della Carta, si discute sul destino dei controlimiti. Alcuni affermano recisamente che sia giunto il momento di ritrattare una dottrina ormai desueta da tempo; altri argomentano che al contrario proprio questo è il momento in cui i conflitti costituzionali tra Stati membri e Unione europea potrebbero accendersi e la dottrina dei controlimiti rendersi utile, a salvaguardia dell'identità costituzionale nazionale (47); altri ancora ribadiscono l'utilità della dottrina dei controlimiti non in chiave difensiva, ma servente l'integrazione europea (48).

Ad avviso di chi scrive, l'emanazione della Carta di Nizza costituisce in ogni caso un fattore di crisi per la teoria dei controlimiti, che assumerà una colorazione del tutto diversa. L'approvazione formale di una Carta, tesa a tutelare i diritti in ambito comunitario — sia pure con valenza ricognitiva, compilativa e codificatoria, come risulta dallo stesso

salvaguardare il « rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana, con conseguente sindacabilità, sotto tale profilo, della legge di esecuzione del Trattato »; nella sent. n. 117 del 1994 (cit., 997; § 2 *Cons. diritto*) si rammenta « l'idoneità delle norme derivanti da atti normativi comunitari a derogare a norme interne di rango costituzionale (purché non contenenti principi fondamentali o diritti inalienabili della persona umana) »; nella successiva sent. 24 aprile 1996, n. 126 (in questa *Rivista* 1996, 1058; § 5 c) *Cons. diritto*), si menziona il « rispetto del limite dei principi costituzionali fondamentali e indelegabili »; e, ancora, nella sent. 11 aprile 1997, n. 93 (in questa *Rivista* 1997, 933; § 3 *Cons. diritto*) la Corte, nel ribadire la possibilità delle norme comunitarie di derogare all'ordine delle competenze regionali fissato in Costituzione, ricorda « il peculiare regime giuridico al quale sono assoggettati gli atti delle istituzioni comunitarie, sindacabili alla luce del diritto interno solo se contrastanti con i principi supremi della Costituzione ».

(47) In questo senso ad esempio AZZARITI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel « processo costituente europeo »*, in *Rass. dir. pub. eur.* 2002, 9 ss., spec. 37; SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, cit., 491 ss., specialmente 556 ss.

(48) In questo senso tra tutti A. RUGGERI, « Tradizioni costituzionali comuni » e « controlimiti », tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione, cit.

Preambolo — suggella definitivamente che anche l'Unione europea tutela i diritti fondamentali dell'uomo, come gli Stati nazionali. Del resto, proprio il catalogo della Carta appare lo strumento interpretativo ideale per riempire di contenuto il richiamo generale ai diritti dell'uomo, alle libertà fondamentali ed alle tradizioni costituzionali comuni dell'art. 6 del TUE (49).

Come si può, allora, ammettere ancora che una Corte costituzionale nazionale deve tutelare i diritti dell'uomo rispetto al diritto comunitario?

Il residuo di sovranità degli Stati membri nei confronti dell'Unione europea va sempre più restringendosi, quanto meno in materia di diritti (50).

Ma tuttavia proprio la massima garanzia dei diritti della persona può aprire verso una diversa — e assai innovativa — lettura dei controlimiti.

L'art. 53 della Carta specifica che « Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri » (51).

Questa previsione nel garantire i maggiori livelli di protezione dei diritti previsti (anche) dalle Costituzioni degli Stati membri, potrà comportare che la Corte costituzionale, ove rilevi un maggior livello di pro-

(49) Spunti in WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quad. cost.* 2002, 526 ss.; ROSSI L.S., *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, *ivi*, 567 ss.; RUGGERI, « Tradizioni costituzionali comuni » e « controlimiti », tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione, cit.

(50) Qualche perplessità in proposito in ONIDA, « Armonia tra diversi » e problemi aperti, *La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, cit., 555, il quale rileva che l'accrecersi delle competenze e degli interventi degli organi comunitari in settori tradizionalmente riservati agli Stati membri, come la giustizia o l'ordine pubblico, potrebbe rendere più attuale l'incidenza di norme comunitarie sui diritti fondamentali, non solo in materia economica. Sostengono una residua utilità della dottrina dei controlimiti anche SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, cit., 556 ss., secondo cui i conflitti costituzionali tra Stati membri e Unione europea potrebbero accendersi proprio in questa fase di sviluppo dell'ordinamento comunitario, per cui i controlimiti potrebbero salvaguardare l'identità costituzionale nazionale; e RUGGERI, « Tradizioni costituzionali comuni » e « controlimiti », tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione, cit.

(51) Analoga all'art. 53 Cedu, ma con finalità del tutto diverse (ciò sia consentito rinviare a CARTABIA, *Art. 53*, in BIFULCO-CARTABIA-CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna 2001, 362 s.).

tezione nella Costituzione italiana, applichi la normativa nazionale, di-sapplicando invece la norma comunitaria (52). In pratica l'art. 53 della Carta si potrà configurare come la clausola di legittimazione della dottrina dei controlimiti, visti però non più in chiave statica, come momenti di estrema difesa dell'ordinamento nazionale, quanto piuttosto in chiave dinamica, come momenti di raccordo finalizzati a garantire il massimo di tutela ai diritti.

Il ruolo che la Corte costituzionale potrà rivestire in questa nuova fase rischia comunque di essere pregiudicato a monte da alcuni orientamenti processuali della Corte costituzionale che ostacolano la possibilità stessa di affrontare la questione.

8. *L'emarginazione della Corte costituzionale come processo di auto-esclusione.* — Di là dalle — già esaminate — sempre più forti perplessità sulla possibilità che si possa ancora parlare di controlimiti oggi, è da considerare che la Corte costituzionale italiana non ha mai utilizzato i controlimiti perché ha gradualmente allontanato da sé le occasioni di giudizio che le consentirebbero di farlo.

A causa di alcuni orientamenti processuali, alla Corte costituzionale arrivano sempre meno questioni di costituzionalità che vertono sul diritto comunitario, vuoi come oggetto, vuoi come parametro del giudizio. Ad esempio nel corso dell'ultimo anno 2002, le decisioni della Corte costituzionale che riguardavano il diritto comunitario non hanno raggiunto la decina, su più di 500 decisioni pronunciate. Inoltre, nella maggior parte dei casi si è trattato di ordinanze di inammissibilità. Le poche questioni comunitarie in cui la Corte costituzionale è entrata nel merito sono per lo più collegate alle vicende regionali e raramente vertono sui diritti fondamentali.

Per quanto riguarda il giudizio in via incidentale, che resta comunque la via d'accesso ordinaria al giudizio di costituzionalità, è stata portata avanti dalla Corte costituzionale un'opera di dissuasione verso i giudici comuni, che sono sempre più esplicitamente invitati a non presentare in termini di questioni di legittimità costituzionale casi che possono essere risolti sul piano della legalità comunitaria, secondo i rimedi propri dell'ordinamento comunitario.

Prendiamo alcuni casi emblematici.

Se una questione di legittimità costituzionale deve essere decisa in base al diritto comunitario — poco importa che esso entri nel giudizio come oggetto o più facilmente come parametro, o come *tertium comparationis* in un giudizio di eguaglianza — frequentemente si pone un problema di interpretazione delle norme comunitarie. In molti di questi casi

(52) Uno spunto in tal senso, sulla mancata applicazione dell'art. 53 della Carta nella sent. n. 185 della Corte costituzionale, in PACE, *Le videoregistrazioni « ambientali » tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, cit., 1075.

la Corte costituzionale si ritiene bloccata dall'incertezza interpretativa e, in base ad un principio ormai consolidato, essa ordina la restituzione degli atti ai giudici ordinari, perché siano essi a chiarire le incertezze interpretative, con l'eventuale intervento della Corte di Lussemburgo. La Corte costituzionale non prevarica la Corte di Lussemburgo arrogandosi il compito di interpretare da sé il diritto comunitario; né mostra abbastanza deferenza da rivolgersi essa stessa al giudice comunitario con un rinvio pregiudiziale in base all'art. 234 del Tr. CE. La via prescelta è un'altra: la Corte costituzionale italiana affida tutta la responsabilità ai giudici ordinari. Prima di sollevare una questione di costituzionalità essi dovrebbero presentare alla Corte di giustizia una domanda interpretativa. Qualora abbiano omissso il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo vengono invitati dalla Corte costituzionale a colmare l'omissione per poi, eventualmente, ripresentare la questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale in un secondo momento (53). Ciò che accade puntualmente è che i giudici comuni, sollecitati dalla Corte costituzionale, si rivolgono di buon grado a Lussemburgo, ma poi non ripropongono più la questione alla Corte costituzionale, almeno fino ad oggi. Il percorso sarebbe troppo defaticante e poco proficuo per le parti in causa. E così la Corte costituzionale rimane esclusa da un'ampia categoria di giudizi, per sua stessa volontà.

Consideriamo un'altra tipologia di casi. Se una questione è doppiamente pregiudiziale, nel senso che presenta profili da risolversi con l'intervento della Corte di giustizia di Lussemburgo e altri che rientrano invece nelle competenze della Corte costituzionale, un orientamento piuttosto netto della giurisprudenza costituzionale è che alla pregiudiziale comunitaria deve essere riconosciuta una precedenza assoluta. Prima deve pronunciarsi la Corte di giustizia e solo successivamente la Corte costituzionale (54). E, di nuovo, normalmente il giudice comune dopo aver richiesto e ottenuto la decisione della Corte di giustizia non si rivolge più alla Corte costituzionale.

Sempre in casi doppiamente pregiudiziali, se il giudice, come usava sin dai tempi del famoso caso *Costa/ENEL*, rinvia contemporaneamente la medesima questione alla Corte di giustizia e alla Corte costituzionale italiana, la Consulta si esprime nel senso della inammissibilità per irrilevanza (55). Prima di pronunciarsi, la Corte costituzionale dice di dover attendere il giudizio della Corte di giustizia, riservandosi di intervenire solo nel caso in cui la normativa interna risulti applicabile e il dubbio di

(53) Si vedano ad esempio le ordd. nn. 108 e 109 del 1998.

(54) Ord. n. 108 del 1998.

(55) Si vedano ad esempio ordd. nn. 391 del 1992, 249 del 2001 e 85 del 2002.

In vero le motivazioni processuali della Corte costituzionale in questi casi non sono sempre limpide e coerenti come rileva F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il « doppio rinvio »?*, in questa *Rivista* 2002, 781.

costituzionalità permanga dopo la pronuncia dei giudici di Lussemburgo. Questo orientamento, coerente con le regole processuali del giudizio di costituzionalità, tuttavia sortisce di nuovo l'effetto di lasciare il campo alla Corte di giustizia, facendo perdere alla Corte costituzionale ulteriori occasioni di intervento.

Ancora più estremo è il caso in cui le questioni di costituzionalità portate davanti alla Corte costituzionale sono sollevate su norme di legge che già si trovano all'esame della Corte di giustizia, ad esempio per una procedura di infrazione *ex art. 226 Tr. CE*. Anche in questi casi, la Corte costituzionale ritiene le questioni inammissibili per difetti o dubbi sulla rilevanza, omettendo di pronunciarsi (56). Qui la Corte costituzionale pretende che il giudice attenda gli esiti dei giudizi della Corte di giustizia prima di attivare il giudizio di costituzionalità, che potrebbe rivelarsi inutile o potrebbe condurre a conclusioni differenti da quelle espresse dalla Corte di giustizia. Infine, di recente la Corte costituzionale ha inaugurato una linea giurisprudenziale secondo la quale la sentenza della Corte di Lussemburgo emanata in pendenza di un giudizio di costituzionalità costituisce *ius superveniens*, che impone la restituzione degli atti al giudice *a quo* (sent. n. 62 del 2003).

Con questa giurisprudenza (57) e con quella sul rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale *ex art. 234 TCE* (58), la Corte costituzionale cerca di riservarsi la possibilità di intervenire dopo la Corte di giustizia, in nome — sembrerebbe — di un « diritto all'ultima parola », ma in vero rischia di... rimanere muta per sempre.

Un rimedio per arrestare questo processo di autoesclusione, e di semplice praticabilità, a nostro parere esiste. Si tratta di invertire questa tendenza, ormai sempre più marcata, a scoraggiare l'invio di questioni di costituzionalità di rilevanza europea da parte dei giudici comuni, correggendo la giurisprudenza più recente sulla doppia pregiudizialità, e restituire fiducia ai giudici comuni, di modo che siano invogliati ad interloquire con la Corte costituzionale anche nelle questioni che presentano profili comunitari. Ma per far questo è indispensabile che la Corte costituzionale italiana trovi il coraggio di ritrattare l'orientamento secondo il quale essa non è una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 Tr. CE e perciò non è abilitata ad utilizzare rinvio pregiudiziale alla Corte di

(56) Ordd. nn. 244 del 1994 e 38 del 1995.

(57) Su questa giurisprudenza si veda F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in questa *Rivista* 2000, 1193 ss. E ancora più ampiamente, anche con ulteriori indicazioni giurisprudenziali, F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, cit., 502 ss., che peraltro giudica questi orientamenti giurisprudenziali coerenti con la premessa dualistica abbracciata dalla Corte costituzionale.

(58) Cfr. *infra*.

giustizia (ord. n. 235 del 1995) (59). È questa l'unica strada oggi disponibile perché la Corte costituzionale possa mantenere una voce in capitolo nella tutela dei diritti fondamentali in dimensione europea, nei settori dove si sovrappongono le competenze della Corte di giustizia, dei giudici comuni e della Corte costituzionale.

Il timore della Corte è di dover « prendere ordini » dai giudici di Lussemburgo o addirittura di venire sconfessata dagli stessi. La Corte costituzionale non intende assoggettarsi alla Corte europea, per timore di recare danni alla propria credibilità. Una parte autorevolissima della dottrina (60) sostiene la posizione della Corte: si dice che una linea diversa minerebbe la legittimazione della Corte costituzionale, assoggettandola alle interpretazioni della Corte di giustizia, che diverrebbe nei suoi confronti quasi un « superiore », gerarchicamente inteso. Queste argomentazioni sono di grande spessore e tuttavia non si può non tenere conto di alcune obiezioni, serie ad avviso di chi scrive.

Anzitutto si noti che la Corte costituzionale non vuole immettersi in un circuito giurisdizionale con la Corte di giustizia per evitare il rischio di sottoporsi all'autorità del giudice europeo, e tuttavia così facendo perde anche l'opportunità di influenzarne la giurisprudenza. In vero la Corte costituzionale conosce e applica gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia, e non ha esitato ad affermare che anche le decisioni della Corte di giustizia godono di primato ed effetto diretto (61). La Corte rifiuta il dialogo diretto, ma non va esente dall'influenza della giurisprudenza di Lussemburgo. Tuttavia, rifiutando il dialogo diretto non esprime mai la voce dell'ordinamento costituzionale italiano nei giudizi comunitari.

In secondo luogo quella della Corte è una posizione che sottovaluta i margini interpretativi che alla Corte costituzionale comunque resterebbero, anche quando cedesse alla possibilità di usare il rinvio pregiudiziale, almeno in nome dei principi dell'atto chiaro (62). Uno dei motivi di rifiuto dell'art. 234 TCE dipende dal fatto che essendo la Corte costi-

(59) Questo orientamento è stato poi più volte ribadito. Si vedano le ordd. nn. 319 del 1996, 108 e 109 del 1998.

(60) Si vedano ad esempio F. SORRENTINO, *Rivisitando l'art. 177 del trattato di Roma*, in *Lo stato delle istituzioni italiane*, Milano 1994, 637 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Intervento al seminario dell'Osservatorio costituzionale della L.U.L.S.S.*, in *www.luiss.it/semcost/europa*. Tuttavia altrettanto autorevole dottrina esprime invece una diversa posizione che lascia intravedere spazi per un diverso orientamento giurisprudenziale, per tutti V. ONIDA, *Armonia tra diversi*, cit., 554.

(61) Si vedano ad esempio le sentt. nn. 113 del 1985 e 389 del 1989.

(62) Strada che invece sembra percorsa dai giudici di vertice — Corte di cassazione e Consiglio di Stato —, visto l'esiguo numero di questioni rinviate in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, nonostante l'obbligo sancito dall'art. 234 Tr. CE. Si vedano i dati riferiti da L. MONTANARI, *Giudici comuni e Corti sopranazionali*, relazione al Convegno su *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Catanzaro 31 maggio-1° giugno 2002, 27 del dattiloscritto.

tuzionale un giudice avverso le cui decisioni non è dato ulteriore rimedio giurisdizionale (art. 137 Cost.), si teme che la Corte non possa semplicemente avvalersi della « facoltà » di rivolgersi ai giudici comunitari, ma a ciò sia tenuta, obbligata, secondo le previsioni dell'art. 234 TCE (63). Ciò è probabilmente vero. Ma è vero altresì che laddove non vi siano dubbi interpretativi o esistano linee giurisprudenziali consolidate, nemmeno i giudici di ultima istanza debbono rivolgersi a Lussemburgo e comunque è sempre concessa la « scappatoia » dell'atto chiaro, che come è noto è stata usata (e abusata) da diverse giurisdizioni nazionali, specie di vertice.

Infine, dopo tutto quello che abbiamo osservato a proposito dell'uso disinvolto della Cedu da parte dei giudici comuni, si può immaginare che per scongiurare il pericolo di prendere direttive da Lussemburgo si corra il rischio, non meno pernicioso per la credibilità della Corte costituzionale, di lasciare ai giudici comuni il terreno della tutela dei diritti fondamentali e li si esponga alla tentazione di sconfessare la Corte costituzionale, di ignorare la sua giurisprudenza o semplicemente di emarginarla del tutto dalle questioni vertenti sui diritti fondamentali.

Un'ultima considerazione. Altre corti costituzionali non hanno avuto gli stessi timori della Corte costituzionale italiana e non hanno esitato a rivolgersi alla Corte di Lussemburgo, come dimostrano le questioni sollevate ad esempio dalla Corte costituzionale austriaca e la *Cour d'arbitrage* belga (64). Questo atteggiamento sembra assai pregevole anche in vista dell'allargamento il cui processo — è bene non dimenticarlo — dovrebbe completarsi prima che la Carta dei diritti assuma valore normativo. In una prospettiva allargata non sarebbe forse auspicabile restituire respiro e possibilità di espressione al « dialogo costituzionale » nel sistema comunitario, che esiti così fecondi ha già espresso nelle fasi fondative della Comunità? Non sarebbe opportuno che le Corti costituzionali che hanno segnato la storia costituzionale del sistema comunitario avviino un meccanismo virtuoso, da proporre anche alle Corti costituzionali dei futuri paesi membri (dalla Lettonia, alla Slovenia, dalla Polonia alla Lituania, ecc.)? Sarebbe davvero soddisfacente per tutti un'Europa in cui le Corti costituzionali si rinchiodano nei confini dei loro ordinamenti, rifiutando di occuparsi di questioni « a dimensione comunitaria »?

Se davvero la Corte costituzionale non vuole che il suo ruolo di cu-

(63) Su questo punto si veda T. GROPPI, *La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del trattato CE*, in P. CIARLO-G. PITRUZZELLA-R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1997, 171 ss.

(64) Si vedano le decisioni della Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale della *Cour d'Arbitrage Belga* 16 luglio 1998, C-93/97, *Fédération Belge des Chambres Syndicales de Médecins v Flemish Government*, e la decisione 8 novembre 2001, C-143/99, *Adria-Wien*, resa su rinvio pregiudiziale del tribunale costituzionale austriaco.

stode dei diritti fondamentali si atrofizzi sarebbe bene restituire fiducia ai giudici comuni rispondendo nel merito alle questioni di costituzionalità che essi pongono e contemporaneamente tessere un rapporto diretto con le Corti europee, attraverso l'uso del rinvio pregiudiziale. Se ciò non dovesse avvenire, l'uscita di scena della Corte costituzionale non sarebbe esito di una scelta imposta dall'alto. Sarebbe un ritiro volontario, un'auto-esclusione, che alla lunga sacrificerebbe una delle missioni essenziali delle Corti costituzionali, *la giurisdizione costituzionale delle libertà*.

MARTA CARTABIA - ALFONSO CELOTTO