



UNIVERSITÀ DELLA CALABRIA

*Dottorato di ricerca in Impresa, Stato e Mercato.
Dipartimento di Scienze giuridiche "C. Mortati"
Università della Calabria
XXV CICLO*

TESI DI DOTTORATO

*L'apertura delle Costituzioni degli Stati membri dell'UE al diritto comunitario ed a
quello internazionale.
S.S.D. IUS/21*

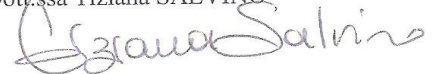
Coordinatore

Prof. Guerino D'Ignazio


Tutor
Prof. Giampaolo GERBASI



Dottoranda
Dott.ssa Tiziana SALVINO



ANNO ACCADEMICO 2011/2012



UNIVERSITÀ DELLA CALABRIA

*Dottorato di ricerca in Impresa, Stato e Mercato.
Dipartimento di Scienze giuridiche "C. Mortati"
Università della Calabria
XXV CICLO*

TESI DI DOTTORATO

*L'apertura delle Costituzioni degli Stati membri dell'UE al diritto comunitario ed a
quello internazionale.
S.S.D. IUS/21*

Coordinatore

Prof. Guerino D'Ignazio

Tutor
Prof. Giampaolo GERBASI

Dottoranda
Dott.ssa Tiziana SALVINO

ANNO ACCADEMICO 2011/2012

*“Basta un atteggiamento di modestia nei confronti delle altrui
Esperienze rispetto ai nostri medesimi problemi. Basta non credere di essere soli nel proprio
cammino e non presumere, come invece fanno gli sciovinisti della Costituzione, di essere i migliori.
Il presupposto non è necessariamente il diritto naturale né l’illusione del progresso. Può essere la
prudenza dell’empirista che vuole imparare, oltre che dai propri, anche dagli altrui successi ed
errori. Basta riconoscere che le norme della Costituzione, per esempio in tema di dignità e
uguaglianza di ogni essere umano e di diritti fondamentali, aspirano all’universalità, e che la loro
interpretazione, già a prima vista, non è l’interpretazione di un contratto, o di un provvedimento
amministrativo, e nemmeno di una legge, scaturita da volontà politiche contingenti.
L’interpretazione costituzionale è un atto di adesione o di rottura rispetto a tradizioni storico culturali comprensive, di cui le singole
Costituzioni sono parti.”*

Gustavo Zagrebelsky

*“Il diritto comparato mi serve come uno
specchio: mi consente di osservarmi e comprendermi meglio”*

Aharon Barak

“L’apertura delle Costituzioni degli Stati membri dell’UE al diritto comunitario ed a quello internazionale”

Capitolo Primo

IL RAPPORTO TRA ORDINAMENTI GIURIDICI: APPROCCIO TEORICO E PREMESSE METODOLOGICHE

1. Introduzione e premesse metodologiche
2. Il rapporto tra ordinamenti giuridici fra dualismo e monismo
3. La ricostruzione in senso monista dei rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento internazionale: il normativismo di Hans Kelsen
4. Il meccanismo di adattamento al diritto internazionale nel modello monista
5. La separazione tra ordinamenti giuridici: la prospettiva dualista
6. Il meccanismo di adattamento al diritto internazionale nel modello dualista
7. La teoria istituzionalista di Santi Romano: una visione differente del rapporto tra ordinamenti giuridici

Capitolo Secondo

L’APERTURA ALL’ORDINAMENTO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE TRA CLAUSOLE COSTITUZIONALI DI APERTURA E RAPPORTI TRA FONTI: L’ESPERIENZA ITALIANA E QUELLA FRANCESE

1. Introduzione
2. Gli obblighi internazionali nella clausola di apertura dell’art. 10, comma primo Cost.: un vero accoglimento del monismo?
3. Gli obblighi comunitari nella clausola di apertura dell’art. 11 Cost. tra dualismo e controlimiti
4. I vincoli derivanti dall’ordinamento dell’Unione Europea alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione: un passo in avanti nel “cammino comunitario” e nel superamento della rigidità dualista.

5. Vincoli internazionali e trattamento interno del diritto internazionale: la svolta dell'art. 117 Cost., primo comma, con particolare riguardo alla CEDU
6. L'apertura all'ordinamento internazionale nella Costituzione francese: "un monismo apparente"
7. Gli obblighi comunitari tra clausole europee e controlimiti: la peculiarità dell'ordinamento francese
8. La riforma costituzionale del 2008: controllo di convenzionalità e CEDU nell'ordinamento francese

Capitolo Terzo

DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA IN ALCUNI ORDINAMENTI COSTITUZIONALI: LE ESPERIENZE DEI "NUOVI MEMBRI DELL'EST", CON PARTICOLARE RIGUARDO A REPUBBLICA CECA E POLONIA

1. Cenni introduttivi sulle transizioni costituzionali negli ordinamenti dell'ex Unione Sovietica: il particolare ruolo guida del diritto internazionale e di quello dell'Unione Europea
2. Il diritto internazionale come guida verso la democrazia: la CEDU vista dall'est
3. La peculiare apertura al diritto dell'Unione Europea nei nuovi Stati membri
4. A metà strada tra est ed ovest. La Polonia tra diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea: il "dualismo silente"
5. La Repubblica Ceca tra straordinarie aperture al diritto internazionale e controlimiti marcati al processo di integrazione: un punto di vista emblematico nell'est d'Europa

Capitolo Quarto

EST E OVEST A CONFRONTO: CONTINUITÀ E DISCONTINUITÀ DI DUE DIFFERENTI MODELLI COSTITUZIONALI NELL'OTTICA DEL PLURALISMO COSTITUZIONALE

1. Est e ovest allo specchio: continuità (poche) e discontinuità (molte) di quattro ordinamenti giuridici.
2. Con riguardo al diritto internazionale
3. E al diritto dell'Unione europea
4. Né monismo né dualismo, ma un necessario equilibrio: il pluralismo costituzionale

Introduzione

L'analisi si concentrerà sulle clausole costituzionali di apertura all'ordinamento comunitario ed a quello internazionale, nell'ottica della comparazione del punto di vista profondamente differente dei Paesi dell'ovest e dell'est d'Europa. L'indagine cercherà di dimostrare che il processo di integrazione europea ha avuto un impatto notevole sul contenuto dei Testi costituzionali e, di conseguenza, sulle modalità di risoluzione delle antinomie fra norme all'interno degli ordinamenti nazionali, in particolare in seguito al Trattato di Maastricht, con il quale si inaugura, fra l'altro, l'integrazione politica, che obbliga a rivedere il concetto di sovranità nazionale. L'Unione Europea, diventando un'integrazione sempre più stringente, impone ai suoi membri di legittimarla, di menzionarla nei loro Testi, al fine di farla divenire pratica e realtà concreta, ma, soprattutto, nell'obiettivo di farne riconoscere le peculiarità che essa presenta rispetto ad ogni altra organizzazione internazionale.

Sono, dunque, numerosi Stati membri che revisionano le rispettive costituzioni al fine di introdurre delle "clausole europee", capaci di offrire una base più solida al processo di integrazione, ma, altresì, con l'obiettivo di mettere ordine nel rapporto tra ordinamento nazionale e comunitario. Per tale ragione, si è scelto di partire dalla ricostruzione delle teorie dottrinarie relative al rapporto tra ordinamenti; ciò ci consentirà, infatti, di dimostrare che il rapporto con l'ordinamento dell'Unione Europea non può ascrivere ad alcuna delle teorie classiche, imponendo allo studioso un'analisi prospettica profondamente differente.

Il metodo comparatistico, applicato in particolare ad alcuni ordinamenti costituzionali dell'est e dell'ovest d'Europa, diviene, dunque, uno strumento fondamentale per comprendere le differenti vedute nella teoria del rapporto tra ordinamenti, mettendo in luce come Paesi diversi si aprono in maniera diversa ai medesimi fenomeni. Peraltro, è noto che non tutti gli ordinamenti costituzionali contemplano una "clausola europea"; dunque, in fase di comparazione, sarà necessario concentrarsi particolarmente sulla giurisprudenza interna, al fine di cogliere qual è il trattamento "domestico" riservato alle fonti prodotte all'esterno.

L'ordinamento italiano si è preoccupato di colmare – parzialmente ed in maniera lacunosa – tale vuoto solo con la Riforma del Titolo V della Costituzione, che introduce un riferimento esplicito al fenomeno comunitario, qualificandolo, insieme a quello internazionale, quale limite alla potestà legislativa regionale e statale nel primo comma dell'art. 117 Cost. Tale disposizione, da taluni duramente criticata, poiché definita una *lex declaratoria*, incapace di far compiere al nostro Testo un passo in avanti nel processo di

legittimazione dell'integrazione comunitaria, contiene molti lati positivi. Pur accogliendo l'idea secondo la quale il primo comma dell'art. 117 Cost. non può essere considerato l'articolo europeo della nostra Costituzione, sembra essere del tutto riduttiva la visione secondo la quale tale disposizione non aggiunga nulla di nuovo alla nostra Costituzione. In effetti, pur restando l'art. 11 Cost. la clausola legittimante il processo di integrazione, il primo comma dell'art. 117 Cost. è capace di spiegare quali sono le conseguenze del processo di integrazione o, più in generale, come gli impegni comunitari ed internazionali devono vincolare l'attività legislativa interna, guidando, in tal modo, l'opera della Corte Costituzionale, in particolare nella risoluzione delle antinomie normative.

L'atteggiamento assunto dall'Italia è simile, per alcuni versi, a quello assunto da diversi Stati membri dell'est, che hanno preferito introdurre clausole costituzionali poco esplicite relativamente al processo di integrazione europea, demandando la regolamentazione dei rapporti e, di conseguenza, l'ampiezza dell'apertura, alla giurisprudenza.

Il panorama europeo, relativamente alle clausole di apertura, appare particolarmente variegato, tuttavia una qualche classificazione è possibile, poiché gli articoli europei tendono a differenziarsi, in particolare, per l'obiettivo che perseguono. In Italia, l'art. 11 Cost. non ha la pretesa di influenzare il processo di integrazione o di salvaguardare la Costituzione, piuttosto tale vocazione è stata fatta propria dalla Corte costituzionale che ha posto dei limiti al processo di integrazione, elaborando la dottrina dei controlimiti. È, dunque, per tale ragione che clausole del genere tendono ad essere definite come "meramente abilitanti", poiché aprono, semplicemente, ad un processo di integrazione, di collaborazione con altri ordinamenti. Diametralmente opposta la situazione della Francia, poiché tale ordinamento revisiona la propria Costituzione all'indomani del Trattato di Maastricht, introducendo previsioni chiare e relative al processo di integrazione la cui *ratio* è preordinata, nell'ambito di un controllo di costituzionalità preventivo sul Trattato, al fine di mettere in luce e, se del caso, superare le antinomie rispetto alla Costituzione (art. 54 e Titolo XV della Cost. francese). Nel caso in cui la suprema giurisdizione costituzionale verificasse una difformità tra il Testo costituzionale ed il Trattato, il primo, onde consentire la ratifica del secondo, dovrebbe essere sottoposto a revisione, nel tentativo di operare un'armonizzazione con il testo dell'accordo internazionale. È proprio tale previsione che induce parte della dottrina a criticare le clausole a salvaguardia della Costituzione, tuttavia tale posizione sembra non tener conto di un elemento fondamentale, poiché se è vero che è la Costituzione a cedere di fronte al

Trattato, è altrettanto vero che la revisione di questa viene operata con un atto di volontà, con il quale è il popolo, attraverso i propri rappresentanti, che, liberamente, sceglie di emendare il proprio Testo al fine di agevolare l'integrazione, non imponendosi il Trattato sulla Costituzione in una visione rigidamente gerarchica. In tale ordinamento, peraltro, le problematiche relative alla risoluzione delle antinomie tra norme sono senza dubbio meno gravi rispetto a quelle incontrate nell'ordinamento italiano, poiché la Francia sceglie di ratificare i Trattati con leggi di rango superiore alla legislazione ordinaria. La riforma costituzionale operata nel corso del 2008, peraltro, rende ancor più interessante l'analisi costituzionale della Francia, concedendo il controllo di convenzionalità alle sole giurisdizioni supreme, che tendono ad acquisire un'importanza notevole all'interno di tale ordinamento. L'introduzione della questione prioritaria di costituzionalità, nondimeno, è riuscita a colmare talune lacune tipiche dell'ordinamento francese, poiché non soltanto viene introdotto il controllo successivo di costituzionalità, ma viene fatta luce su una questione fondamentale relativa al rapporto tra ordinamenti: nel caso in cui una norma interna si ponesse in contrasto tanto con la Costituzione quanto con un trattato internazionale, è la questione di costituzionalità che acquista priorità, dovendosi risolvere questa per prima. Su questo terreno, il confronto con l'ordinamento italiano sembra metterne in luce i numerosi punti di debolezza del nostro ordinamento relativamente alle questioni della "doppia pregiudiziale", risolta, di solito, invertendo il meccanismo francese, ovvero risolvendo, su indicazione di una consolidata giurisprudenza costituzionale, dapprima la questione di comunitarietà della norma e rivolgendosi solo in secondo momento alla Consulta. Il suggerimento da essa fornito in merito alla doppia pregiudiziale mette in luce, ancora oggi e malgrado gli auspici, una scarsa volontà dei giudici costituzionali italiani di avviare un dialogo diretto, nella paura di sentirsi sottoposti ad una giurisdizione superiore, in particolare quella di Lussemburgo e Strasburgo.

I punti di riferimento dell'ovest Europa saranno, dunque, la Francia e l'Italia, poiché sembra esserci una continuità tra questi e gli ordinamenti dell'est, rintracciabile nel fatto che, come il nostro ordinamento, i riferimenti espliciti all'Unione Europea appaiono scarsi, demandando le evoluzioni in tal senso alle autorevoli voci delle Corti costituzionali, che in questi ordinamenti hanno guidato le transizioni costituzionali. Per ciò che attiene all'ordinamento francese, è noto che le forme di governo adottate in seguito al crollo del muro di Berlino abbiano preso come modello la V Repubblica francese, introducendo, in taluni casi, il controllo preventivo di costituzionalità anche sui trattati internazionali. Dunque, in quest'ottica, si cercherà di comprendere, dapprima, i diversi aspetti

costituzionali, per poi verificare come tali ordinamenti si aprono al fenomeno comunitario nel diritto vivente, poiché l'esistenza di una clausola europea non appare essere un indicatore corretto relativamente al grado di apertura, divenendo fondamentale volgere lo sguardo alla giurisprudenza.

L'analisi, si concentrerà, altresì, sull'apertura al diritto internazionale, in particolare a quello CEDU, divenendo, in tal senso, fondamentale lo studio della sistematica delle fonti del diritto. Si coglie, in quest'ambito, una differenza notevole nell'atteggiamento dei Paesi dell'ovest e dell'est nei confronti del sistema CEDU, poiché i primi non dimostrano la medesima apertura dei secondi verso il sistema nato in virtù dalla Convenzione Europea. In effetti, da sempre tali ordinamenti hanno avuto un atteggiamento di maggiore chiusura nei confronti della Corte di Strasburgo rispetto ai Paesi dell'Est, i quali vedono il sistema CEDU come un'opportunità di crescita e di sviluppo democratico, aprendosi in maniera straordinaria alla Corte di Strasburgo, seguendo, sovente, i percorsi da essa tracciati. La differenza fondamentale sembra, dunque, risiedere nella visione dei fenomeni, poiché le Costituzioni dell'Est hanno un'impronta marcatamente internazionalistica, dal momento che ciò ha significato segnare un punto di rottura con l'ordinamento socialista e, a causa di tale visione, non riconoscono alcuna peculiarità al processo di integrazione europea, vedendo l'Unione come una mera organizzazione internazionale. Dunque, se i Paesi dell'ovest hanno un atteggiamento restrittivo e meno aperto dinanzi al sistema CEDU, essi prestano maggiore attenzione all'Unione Europea, anche in assenza di riferimenti costituzionali *ad hoc*. Al contrario, i Paesi dell'Europa centro-orientale hanno una visione internazionalistica e, talvolta, "euroscettica", come nel caso dei Paesi Baltici, le cui Costituzioni contengono clausole orientate a salvaguardare la sovranità e l'indipendenza dello Stato, ponendosi, in qualche misura, come elementi ostativi al processo di integrazione, dato poco positivo e propositivo per degli Stati divenuti solo di recente membri dell'Unione. L'analisi di tali diversi aspetti potrà, quindi, mettere in luce non soltanto le visioni differenti che dividono l'Est dall'Ovest dell'Europa, ma far comprendere quale visione ha, nella realtà ordinamentale, un impatto più positivo, soprattutto nella sistematica delle fonti del diritto e nella risoluzione delle antinomie tra norme.

Al fine di agevolare l'analisi, è stato, dunque, necessario usare il metodo della comparazione, esaminando quattro ordinamenti, due appartenenti all'Europa dell'ovest ed i restanti due all'*ex* blocco sovietico, nel tentativo di esaminare la differenza tra culture giuridiche, le quali, peraltro, contengono peculiarità anche al loro interno, basti pensare all'esperienza dei Paesi Baltici, i quali, come si accennava, sembrano essere molto più

restii rispetto agli altri Paesi dell'Est a cedere sovranità all'Unione Europa e, in generale, alle organizzazioni internazionali. Proprio a tal fine, si è scelto di focalizzare l'attenzione su Polonia e Repubblica Ceca, cercando di mettere in luce due visioni differenti all'interno di ordinamenti appartenenti all'*ex* blocco sovietico e su Francia ed Italia, le quali adottano soluzioni completamente differenti nel meccanismo di apertura, pur essendo entrambi membri fondatori dell'UE.

In tal senso, si cercherà di cogliere i numerosi punti di divergenza fra i quattro ordinamenti, mettendo, tuttavia, in luce l'esistenza di taluni punti di contatto, tra i quali, senza dubbio, i controlimiti, in particolare al processo di integrazione, che il diritto vivente ha elaborato sia nell'ovest che nell'est d'Europa.

IL RAPPORTO TRA ORDINAMENTI GIURIDICI TRA APPROCCIO TEORICO E PREMESSE METODOLOGICHE

1. Introduzione e premesse metodologiche

La crescente influenza delle fonti normative di origine internazionale sull'ordinamento interno è un particolare fenomeno giuridico che interessa, oramai, tutti gli Stati contemporanei e, dunque, deve necessariamente essere esaminato da almeno due punti di vista. Da un lato, infatti, è fondamentale soffermarsi sull'approccio teorico del rapporto tra ordinamenti, in virtù della con

sapevolezza dello stretto legame che unisce diritto interno e diritto internazionale. Tuttavia, da un punto di vista più pratico e reale, è indispensabile esaminare qual è l'incidenza che tali norme, prodotte all'esterno dell'ordinamento giuridico statale, hanno sul sistema interno delle fonti, nel tentativo di comprendere, in una prospettiva comparata, il grado di apertura degli ordinamenti statali contemporanei.

Sembra, oramai, innegabile il fatto che la sovranità statale abbia subito delle trasformazioni radicali, atteso che le forme di regolamentazione dei rapporti giuridici non sono più ascrivibili soltanto all'ordinamento interno¹, individuandosi l'esistenza di una pluralità di centri decisionali² con una conseguente moltiplicazione delle fonti del diritto e l'irreversibile venir meno del soggetto statale come "centro unitario di imputazione dei rapporti giuridici"³. Se tale dato fondamentale viene letto unitamente alla vocazione internazionalistica ed europeista delle costituzioni del secondo dopoguerra⁴, risulta

¹ Cfr. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasformazione di un concetto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, pp. 3 e ss.

² Cfr. G. GERBASI, *Le tutele euro-costituzionali dei diritti fondamentali tra Corti e fonti normative*, Cosenza, 2004, pp. 5 e ss.

³ Cfr. E. CANNIZZARO, *Democrazia e sovranità nei rapporti fra gli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 2430.

⁴ Tale vocazione ha, senza dubbio, contribuito al superamento dell'esclusivismo degli ordinamenti giuridici nazionali, ma, d'altra parte, ha posto le basi per una crescita delle antinomie normative, in un sistema in cui le tecniche di risoluzione e di ricomposizione delle fonti in sistema restavano immutate. Per un'analisi più approfondita A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Milano, 2009.

evidente non soltanto la tendenza generalizzata all'apertura degli ordinamenti contemporanei, ma, in particolare, la necessità di indagare sui rapporti tra le fonti, sugli strumenti ed i meccanismi utilizzati dalle Corti costituzionali e dagli stessi giudici comuni al fine di risolvere le antinomie normative, in un sistema in cui fonti disciplinanti il medesimo oggetto tendono a sovrapporsi.

In tale contesto, sembrano acquisire particolare importanza le clausole costituzionali di apertura all'ordinamento internazionale ed a quello dell'Unione Europea, poiché è grazie ad esse che si coglie la vocazione all'apertura delle costituzioni del secondo dopoguerra ed è in virtù di tali previsioni che si crea un collegamento tra ordinamenti o, meglio, è attraverso tali clausole che il diritto prodotto all'esterno acquista rilevanza all'interno dell'ordinamento statale. Il panorama costituzionale europeo, in tale ambito, sembra essere particolarmente variegato, sia per ciò che attiene al grado di apertura, sia relativamente alle procedure attraverso le quali il diritto internazionale diviene diritto interno; tuttavia, tali clausole perseguono il medesimo fine, quello della valorizzazione della dimensione internazionale, della collaborazione, dell'apertura ad ordinamenti sovranazionali ed internazionali. Tali affermazioni necessitano di alcune precisazioni, poiché le clausole costituzionali di apertura hanno, nel corso del tempo, subito delle modifiche in virtù (o a causa?) del processo di integrazione europea, divenuto talmente stringente da indurre alcuni Stati a prevedere espressamente il fenomeno comunitario all'interno dei rispettivi Testi fondamentali, distinguendolo definitivamente da quello internazionale. Per tale ragione, appare necessario distinguere il fenomeno internazionale da quello comunitario, sia per ciò che attiene al dato costituzionale, sia per quel che riguarda la giurisprudenza delle Corti costituzionali, quasi tutte orientate a trattare diversamente le fonti comunitarie da quelle internazionali, con un notevole impatto sulla sistematica delle fonti del diritto.

Al fine di mettere in luce, da un lato, la differenza delle clausole costituzionali di apertura e, dall'altro, la comune tendenza degli ordinamenti ad aprirsi verso l'esterno, si è scelto di esaminare due ordinamenti dell'ovest d'Europa, l'Italia e la Francia, e due ordinamenti dell'est, Polonia e Repubblica Ceca, nel tentativo di cogliere tendenze comuni e differenze nell'atteggiamento verso il diritto internazionale e quello dell'Unione Europea. In effetti, il metodo della comparazione sembra essere il più adeguato al fine di cogliere quelle peculiarità che continuano a caratterizzare il panorama costituzionale europeo.

Tale indagine, tuttavia, non può prescindere da un preliminare esame delle teorie classiche relative al rapporto tra ordinamenti, poiché è indubbio che esse abbiano condizionato l'opera dei Costituenti. In tale prospettiva, si cercherà di comprendere in che misura esse sono state accolte nei testi costituzionali oggetto di indagine, poiché, se gli ordinamenti dell'est Europa tendono ad accogliere le teorie moniste, i Paesi dell'ovest, al contrario, sembrano essere ordinamenti ispirati al dualismo o, più precisamente, ad un dualismo che tende ad attenuarsi in via giurisprudenziale, mettendo in luce la vocazione dei moderni Stati ad aprirsi all'ordinamento internazionale e sovranazionale⁵. L'accettazione, all'interno dell'ordinamento statale di una teoria piuttosto che di un'altra, non è una problematica da trascurare, poiché è proprio tale elemento che, nell'ispirare l'opera dei Costituenti, impone alle Costituzioni e, dunque, agli Stati un certo grado di apertura verso l'esterno. Sembra, tuttavia, necessario sottolineare che gli ordinamenti oggetto d'analisi presentano caratteristiche profondamente differenti anche in virtù del periodo storico in cui vengono adottate le loro Carte costituzionali. Se, infatti, da un lato, le giovani democrazie dell'Europa centro-orientale hanno avuto possibilità di osservare il rapporto tra ordinamenti interni ed internazionali instauratosi negli ordinamenti dell'ovest, le Costituzioni di questi ultimi, almeno con riferimento a quelle adottate all'indomani della Seconda guerra mondiale, non sono invece espressione di tale posizione privilegiata, malgrado esse, nell'aprirsi verso l'esterno, perseguissero un fine comune, quello del mantenimento della pace.

⁵ Il termine "sovrانazionalità", sia nella letteratura politologica che giuridica, tende ad assumere un significato univoco. Un ente viene definito sovranazionale quanto più dimostri la tendenza a rilevarsi particolarmente intrusivo nei confronti della sovranità degli Stati membri. Dunque, la nozione di sovranazionalità è caratterizzata dal raggiungimento, da parte di un'organizzazione non statale, di un livello di integrazione tale che, pur non avendo le caratteristiche proprie degli ordinamenti statali, ha un'efficacia interordinamentale superiore a quella ammessa in diritto internazionale. Sul concetto di sovranazionalità si veda O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a Est e rapporti tra Corti Costituzionali e Corti Europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale?*, Milano, 2010, pp. 2 e ss. Una visione diametralmente opposta è, invece, quella di una parte minoritaria della dottrina, secondo la quale tale termine sarebbe del tutto privo di significato, non riconoscendosi alcunché di intermedio tra lo Stato e l'organizzazione internazionale in senso stretto. Per un approfondimento di tale tesi si veda A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di Diritto Internazionale pubblico*, Milano, 2009; A. SINAGRA, *Diritto e Giustizia. Ragione e Sentimento*, Roma, 2004, pp. 265 e ss. L'Autore sostiene che "è ben difficile pensare che la sovranità possa essere ceduta e per di più in parte, trattandosi di un concetto e di un modo di essere, di volere e di potere, assoluto, completo, indivisibile e irrevocabile. Non è pensabile una sovranità scomponibile in più parti delle quali alcune possono essere cedute". Partendo da tale concetto, l'A. nega che possa parlarsi di una "sovranità comunitaria", poiché l'Unione Europea non elabora autonomamente decisioni politiche che si traducano in atti normativi e non dispone di strumenti coercitivi idonei a prevenire o reprimere una condotta illecita, in altre parole, "alla Comunità europea manca l'essenza stessa della sovranità e cioè la capacità di decidere il proprio modo di essere: quella, cioè, che la migliore dottrina tedesca chiama *Kompetenz-Kompetenz* e dunque la competenza a decidere in ordine alla propria competenza".

Il monismo che ad oggi caratterizza gli ordinamenti dell'Europa centro-orientale è esso stesso segno di una netta rottura rispetto all'epoca del socialismo reale, poiché quando i Paesi *de quibus* erano satelliti dell'Unione Sovietica il rapporto tra diritto interno e diritto internazionale si caratterizzava per una rigorosa forma di dualismo, in cui il diritto esterno non aveva alcun efficacia interna se non previa adozione di una normativa interna. Nella realtà, tuttavia, anche una volta incorporato nel diritto interno, il diritto internazionale era privo di un'elevata capacità di incidere sull'ordinamento interno.

Si procederà, dunque, esaminando le principali teorie relative al rapporto tra ordinamenti giuridici, mettendo in luce le notevoli differenze che le caratterizzano, al fine di cogliere, nell'analisi delle clausole costituzionali di apertura all'ordinamento comunitario ed internazionale, quali tra queste trovano accoglimento negli ordinamenti oggetti di indagine e in che misura esse tendono a mutare in via giurisprudenziale. A tal fine, come si diceva, si è scelto di procedere alla comparazione di due visioni differenti, poiché, se nell'ovest d'Europa troviamo dei sistemi di impronta dualista, le cui Costituzioni si aprono al fenomeno internazionale e comunitario cercando, tuttavia, di conservare il diritto all'ultima parola sulla cessione di sovranità agli enti sovranazionali, nei Paesi appartenenti all'*ex* blocco sovietico, troviamo, invece, degli ordinamenti di impronta monista, che hanno guardato con estremo favore all'ordinamento internazionale, in particolare a quello CEDU, lasciando che il diritto in esso prodotto avesse prevalenza e diretta applicabilità all'interno dei loro sistemi giuridici. La peculiarità di tali ordinamenti risiede, tuttavia, nel loro rapporto con l'Unione Europea, verso la quale sembrano essere più restii, tanto da essere definiti "eurosceettici". In effetti, trattandosi di Paesi con una particolare storia alle spalle, fatta di un dominio particolarmente marcato ad opera del regime sovietico, hanno reagito, dopo la transizione costituzionale, più sovente definita rivoluzione costituzionale⁶, introducendo clausole in cui la sovranità e l'indipendenza statale⁷ hanno un ruolo fondamentale nell'intera architettura costituzionale, ostando, talvolta, alla cessione di sovranità in favore di organizzazioni internazionali⁸. Nella pratica

⁶ Cfr. L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, 2003.

⁷ La distinzione tra sovranità (interna) ed indipendenza (esterna) si trova in quasi tutte le Costituzioni dei Paesi dell'est e ciò sarebbe ascrivibile al loro passato di Paesi satelliti privi del diritto all'autodeterminazione. Tali clausole divengono elementi ostativi al processo di integrazione nella misura in cui esse tendono a limitare l'apertura verso l'esterno e la cessione di competenze ad organizzazioni internazionali. Sulla problematica delle clausole su sovranità ed indipendenza in particolare A. DI GREGORIO, *Riforme costituzionali ed integrazione europea: il caso dei nuovi membri dell'Est*, in DPCE 4/2004, p. 2068 e ss.

⁸ Sono molte le costituzioni dell'est d'Europa che definiscono lo Stato "indipendente e sovrano", basti citare l'art.1, comma 2 della Costituzione dell'Estonia, nel quale si sottolinea che "l'indipendenza e la sovranità dell'Estonia sono eterne ed inalienabili". In tale ordinamento, come in quello polacco, sono previste

reale, tuttavia, le cose cambiano, poiché l'euroscetticismo tende ad attenuarsi nelle autorevoli voci delle Corti costituzionali, accogliendosi, anche qui, la tendenza all'apertura verso l'esterno.

In altri termini, l'indagine prenderà le mosse da un approccio teorico, per poi spostarsi su uno più pratico e reale, in cui si cercherà di cogliere quali teorie hanno trovato attuazione nelle Costituzioni degli ordinamenti oggetto di indagine, come esse hanno influito sul rapporto tra ordinamenti e come si sono evolute nella prassi giurisprudenziale. Seguendo tale percorso, diverrà necessario, dapprima, esaminare le clausole costituzionali di apertura, per poi soffermarsi sui meccanismi relativi alla ratifica dei Trattati internazionali, con particolare attenzione alla problematica delle fonti, nel tentativo di comprendere quale rango acquistano le norme prodotte all'esterno di tali ordinamenti, sia con riguardo al parametro costituzionale, sia giurisprudenziale.

In particolare, si cercherà di indagare circa il grado di apertura costituzionale dei moderni ordinamenti al sistema CEDU ed al diritto dell'Unione Europea. Si tratta, chiaramente, di due sistemi che presentano delle differenze notevoli e, a prima vista, una comparazione relativa al grado di apertura costituzionale potrebbe sembrare un'analisi con esito scontato, poiché è innegabile che il processo di integrazione europea presenti delle peculiarità che difficilmente possono essere ascritte al sistema CEDU. Tuttavia, un'indagine parallela non soltanto è possibile, ma, successivamente all'allargamento ad Est dell'Unione Europea, diviene doverosa, poiché sembra registrarsi una sorta di convergenza tra l'impatto interordinamentale della CEDU e del diritto dell'Unione Europea. È evidente, tuttavia, che tali sistemi presentino, ancora oggi, delle differenze profonde, sia in termini di funzionamento, sia su un livello strutturale, poiché il loro livello di integrazione è innegabilmente diverso. In effetti, l'analisi del fenomeno comunitario dimostra che ci troviamo di fronte ad un'organizzazione *sui generis*, con un'articolazione istituzionale prossima a quella del modello statale⁹ e delle competenze assai più estese rispetto al sistema CEDU. In tal contesto, anche i meccanismi giurisdizionali che danno impulso alle due Corti sono profondamente differenti, basterà qui ricordare che se la Corte EDU ha un parametro assai ristretto, costituito dalla sola Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e non possiede strumenti di dialogo diretto con le Corti nazionali, la Corte di Giustizia, al

procedure più che aggravate per modificare alcune parti della Costituzione, in particolare la parte iniziale, contenente la qualificazione dello Stato. Per un approfondimento M. GANINO, *Democrazia e diritti umani nelle costituzioni dei Paesi dell'Europa orientale*, in M. GANINO, G. VENTURINI (a cura di), *L'Europa di domani*, Milano, 2001.

⁹ Così O. POLLINO, *Allargamento dell'Europa ad Est...*, *op. cit.* pp. 4 e ss.

contrario, ha un parametro di più ampio raggio e riesce ad instaurare un rapporto più diretto con i giudici nazionali¹⁰.

Ciò, tuttavia, non osta all'indagine relativa all'apertura ed alla interazione tra sistemi nazionali e dimensione sovranazionale, cercando, peraltro, di mettere in luce che tale convergenza dell'impatto interordinamentale si è registrata anche a causa di una reazione opposta delle due Corti europee all'allargamento ad Est. Se, infatti, la Corte di Giustizia ha fatto un passo indietro, dimostrandosi, certamente, più sensibile nei confronti delle innegabili particolarità costituzionali dei nuovi Stati membri, lo stesso non può dirsi della Corte EDU, la cui recente giurisprudenza mette in luce un carattere più dirompente rispetto al passato.

La fase conclusiva si concentrerà, dunque, su una necessaria comparazione, con la quale si cercherà di mettere in luce le notevoli differenze che caratterizzano l'apertura al diritto internazionale e comunitario di tali ordinamenti, ma, al contempo, le numerose analogie che emergono soprattutto in via giurisprudenziale. In particolare, si cercherà di mettere in luce gli atteggiamenti differenti che tali ordinamenti hanno nei confronti dell'Unione Europea e del sistema CEDU, cogliendo che i Paesi dell'ovest sembrano essere più aperti al fenomeno comunitario, meno restii a parlare di cessione di sovranità, pur riservandosi spazi costituzionali in cui l'intrusione comunitaria non è ammessa. Al contrario, i Paesi dell'est sembrano guardare con maggiore favore all'ordinamento CEDU, malgrado gli autorevoli tentativi delle Corti costituzionali interne di aprirsi sempre più al fenomeno comunitario. In altri termini, se il parametro costituzionale è profondamente differente, la giurisprudenza costituzionale sembra attenuare questo divario nell'apertura verso l'esterno degli ordinamenti oggetto d'indagine.

Dunque, con l'ausilio del metodo comparatistico, si cercherà di cogliere analogie e differenze nel trattamento interno del diritto internazionale e di quello comunitario, prendendo le mosse dal parametro costituzionale, per poi soffermarsi sul diritto vivente,

¹⁰ Sul punto si possono richiamare le conclusioni dell'Avvocato Generale Maduro nel caso *Kadi* (C-402/2005), secondo il quale “restano nondimeno notevoli differenze tra le due Corti. Il compito della Corte europea dei diritti dell'uomo è di garantire il rispetto degli obblighi assunti dagli Stati contraenti in base alla Convenzione. Sarebbe lo scopo della Convenzione sia la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, essa è volta ad operare principalmente quale accordo interstatale che crea obbligazioni tra le parti contraenti a livello internazionale. Ciò è illustrato dal meccanismo di esecuzione intergovernativo della Convenzione. Il Trattato CE, diversamente, ha istituito un ordinamento giuridico autonomo all'interno del quale sia gli Stati sia gli individui godono di diritti e sono soggetti ad obbligazioni di carattere immediato. Il compito della Corte di Giustizia consiste nell'agire alla stregua di un giudice costituzionale dell'ordinamento giuridico interno della Comunità. La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia non possono, pertanto, essere comparate riguardo alla loro giurisdizione *ratione personae* e riguardo alla relazione del loro sistema giuridico con il diritto internazionale pubblico”.

grazie al quale si possono registrare continue e positive evoluzioni in un sistema di osmosi interordinamentale. In altre parole, l'obiettivo sarà quello di cogliere, dal dato costituzionale, quale teoria del rapporto tra ordinamento trova accoglimento, ma, soprattutto, se ed in quale misura si sono registrate delle evoluzioni giurisprudenziali, tese ad "aprire" maggiormente l'ordinamento verso l'esterno.

2. Il rapporto tra ordinamenti giuridici fra monismo e dualismo

L'analisi dell'apertura degli ordinamenti costituzionali al fenomeno comunitario ed internazionale non può prescindere da una ricostruzione delle principali teorie relative agli ordinamenti giuridici ed al rapporto tra questi, poiché sono tali differenti speculazioni teoriche ad orientare l'opera dei Costituenti e a trovare, dunque, accoglimento all'interno dei Testi costituzionali oggetto d'analisi. Lungi dall'essere delle mere riflessioni filosofiche, tali teorie tendono ad influenzare tanto il dato normativo positivo quanto quello giurisprudenziale, mettendo in luce la necessità di un loro approfondimento, nel tentativo di comprendere meglio le posizioni assunte dalla giurisprudenza, in particolare quella costituzionale, nella ricostruzione del rapporto tra ordinamento interno ed internazionale.

Nello studio relativo alla teoria dell'ordinamento giuridico, è necessario soffermarsi sulla problematica relativa al rapporto tra ordinamenti, poiché la realtà ha messo in luce l'esistenza di più ordinamenti giuridici che intrattengono dei rapporti¹¹.

Nel soffermarsi sulle teorie del rapporto tra ordinamenti giuridici, è necessario, dapprima, comprendere cosa debba intendersi per ordinamento giuridico, restringendo, tuttavia, l'analisi alle maggiori ricostruzioni, dunque al normativismo ed all'istituzionalismo¹². Tali teorie hanno un fine comune, quello di definire l'ordinamento

¹¹ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Torino, 1960. L'A. mette in luce che è ormai tramontata l'idea dell'unico ordinamento giuridico, molto diffusa in occidente in virtù del prestigio del diritto romano, prima, e del diritto naturale poi. Il diritto universale si va via frantumando con la nascita degli Stati, per cui oggi vi sono tanti diritti quanti sono i poteri sovrani. Si nota, tuttavia, che tale idea di universalismo giuridico non è mai del tutto tramontata, poiché dopo la seconda guerra mondiale riemerge la volontà di dar vita ad un unico diritto positivo, capace di raccogliere ad unità tutti i diritti esistenti, ma ciò non è più prodotto dalla natura, ma dalla storia.

¹² Per l'analisi delle teorie relative al rapporto tra ordinamenti giuridici, in particolare A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 2010; N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 2007; A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, Milano, 1999; F. MODUGNO, *Legge, Ordinamento giuridico pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milano, 2010.

giuridico¹³, dunque un concetto da sempre al centro delle dispute tra giuristi e filosofi del diritto, la cui definizione conduce, in qualche misura, a decifrare l'essenza stessa del diritto, ovvero a distinguere il fenomeno giuridico da altri fenomeni sociali.

Una prima corrente di pensiero dell'età contemporanea identifica il fenomeno giuridico con le norme di diritto positivo. Si tratta del *normativismo*, i cui massimi esponenti sono, senza dubbio, Hans Kelsen, Norberto Bobbio ed Herbert Hart, secondo i quali, l'ordinamento giuridico deve essere inteso come un sistema di norme che regolano il comportamento umano, secondo uno schema in cui al comportamento contrario alla norma posta dal sistema corrisponde un atto coercitivo dello stesso¹⁴. L'ordinamento giuridico è concepito come un complesso di norme che traggono la propria legittimazione da un'ipotesi fondamentale, la quale non è mai positiva, ma è, comunque, razionale, pur non essendo ulteriormente spiegabile dal giurista. L'ipotesi fondamentale è la Norma che conferisce valore alle altre norme e garantisce l'unità dell'ordinamento giuridico, poiché le norme sono collegate tra loro, secondo un vincolo di subordinazione “e nessuna ha valore se non sia in siffatto modo riconducibile all'anzidetta ipotesi”¹⁵. In tal senso, nessuna norma può essere intesa come “formalmente giuridica se non è riconducibile direttamente od indirettamente alla fonte di quell'ordinamento”¹⁶.

Tale teoria presuppone che “affinché ci sia diritto, occorre che ci sia, grande o piccola, un'organizzazione, cioè un completo sistema normativo”¹⁷. Pertanto, è giuridica solo quella norma che appartiene ad un determinato ordinamento giuridico, il quale si distingue da ogni altro tipo di ordinamento per la sanzione organizzata. In tal senso, l'ordinamento giuridico è composto da molte norme “che, come le stelle del cielo, nessuno

¹³ Il termine “ordinamento giuridico” è, sovente, inteso come l'insieme delle norme che regolano le situazioni giuridiche di coloro che appartengono ad una determinata collettività o categoria sociale, che costituisce, invece, l'ordine. Non vi è dubbio che una delle funzioni fondamentali dell'ordinamento giuridico sia quella di esercitare una complessa funzione di condizionamento, di controllo e di risoluzione delle controversie all'interno di un gruppo sociale. Dunque, l'ordinamento giuridico è un insieme di elementi composti in un certo ordine che presentano il carattere della giuridicità, ovvero la regolarità del comportamento secondo una norma che lo anticipa. Per una definizione di ordinamento giuridico almeno F. MODUGNO, voce *Ordinamento giuridico (dottrine)*; V. FROSINI, voce *Ordinamento Giuridico (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1992.

¹⁴ Secondo Kelsen, l'ordinamento giuridico è “una struttura giuridica composta da vari piani di norme giuridiche. La loro unità è prodotta dal nesso risultante dal fatto che la validità di una norma, prodotta conformemente ad un'altra norma, riposa su quest'ultima, la cui produzione, a sua volta, è determinata da un'altra: un procedimento a ritroso che termina nella norma fondamentale presupposta. La norma fondamentale ipotetica è quindi il fondamento supremo della validità su cui si fonda l'unità di questo nesso di produzione”, H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, pp. 95 e ss.

¹⁵ BALLADORE PALLIERI G., *Le dottrine di Hans Kelsen e il problema dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1935, p. 28.

¹⁶ GHIRARDINI G., *La comunità internazionale e il suo diritto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1919, p. 8.

¹⁷ N. BOBBIO, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, op. cit., pp. 14 e ss.

mai è riuscito a contare”¹⁸; tuttavia ciò apre un problema rilevante, poiché se appartengono allo stesso ordinamento devono costituire un’unità, dunque è necessaria una gerarchia. Dunque, se c’è un’unità ci sarà anche un sistema, il quale presuppone delle antinomie normative, quindi serviranno dei criteri precisi per risolverle, atteso che al suo interno è necessaria la coerenza, come anche la completezza, ragione per cui ogni lacuna deve essere necessariamente colmata.

In quest’ottica, l’ordinamento giuridico è strutturato in maniera rigidamente gerarchica, poiché ogni singola norma trae la propria legittimità da quella di grado superiore, fino ad arrivare alla *Grundnorm*, la Norma Fondamentale. Quest’ultima, autolegittimandosi e ponendosi quale fondamento supremo dell’ordinamento, conferisce unità alla pluralità delle sue norme, legittimando, altresì, il potere di produzione normativa. In altre parole, l’ordinamento giuridico è un complesso di norme che traggono la loro legittimazione da una norma fondamentale e che presenta i caratteri dell’efficacia, poiché l’uso della forza è organizzato ed è legittimato dalla norma fondamentale ed è coerente, nel senso che le antinomie normative sono delle patologie del sistema che necessitano di essere sanate¹⁹.

La seconda corrente di pensiero, definita *istituzionalista*, viene elaborata, in particolare, da Santi Romano, per il quale il punto di partenza è la società, o meglio, l’istituzione. Secondo Romano, il diritto non può identificarsi solo con le norme, poiché se si vuole cogliere il fenomeno giuridico nella sua peculiarità, è necessario guardare ad esso come struttura. Dunque, l’ordinamento giuridico non può essere solo un insieme di norme, è necessaria una composizione unitaria, elemento, quest’ultimo, che tende ad accomunare le due teorie, poiché anche il normativismo cerca l’unità. Tuttavia, nella teoria istituzionalista, si presta maggiore attenzione al legame tra società e diritto, poiché non esistono società senza diritto²⁰. In quest’ottica, l’ordinamento giuridico si identifica con il corpo sociale inteso come istituzione (*ubi societas ibi ius*), la cui unità è garantita dalla

¹⁸ *Ibidem*, p. 24.

¹⁹ Non si dimentichi che il Kelsen è, altresì, il teorico del “modello austriaco” di giustizia costituzionale e ciò, in primo luogo, discende dal fatto che egli non ammette antinomie normative e, in secondo luogo, ritiene che debba esserci un custode della Costituzione, al fine di garantire continuità e coerenza all’ordinamento giuridico. Secondo Kelsen, tale risultato poteva essere raggiunto solo attraverso l’istituzione di un tribunale *ad hoc*, che avrebbe svolto il controllo dell’attinenza a Costituzione, e, dunque, alla norma fondamentale di cui essa è espressione tangibile, delle norme prodotte nell’ordinamento e ciò non avrebbe comportato alcuna ingerenza nel potere legislativo, poiché porre un *contrarius actus* riconosce all’organo il potere di annullare le leggi, facendolo, di conseguenza, divenire un organo del potere legislativo. H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, p. 152. Per una ricostruzione dell’influenza della scuola di Vienna sui modelli di giustizia costituzionale almeno L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, 1998.

²⁰ Cfr. M. BRUTTI, *Ordinamento... cit.*, p. 657.

struttura organizzativa, poiché l'ordinamento non è mai somma di parti, ma è in sé unità²¹. L'istituzione sarebbe, dunque, un termine utilizzato per designare il fattore che "istituisce", che fonda e regge l'ordine giuridico, "perché non gli fornisce solo il sostrato materiale costituito dai comuni bisogni ma gli offre la salda ossatura necessaria a sostenere le membra, quale risulta dall'intima struttura associativa impressa al gruppo dalla distribuzione delle forze e controforze, dalle azioni e reazioni che in esso operano e che valgono ad assicurare, pur nel mutare delle situazioni contingenti, la fedeltà al suo fine"²². Così intesa, l'istituzione appare sinonimo di "costituzione", nell'accezione di legge fondamentale, di cui nessun gruppo può fare a meno, "poiché è essa che, rimanendo costante nel tempo, presiede al suo svolgimento e lo caratterizza"²³.

Da ciò nasce la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, i quali possono avere rapporti tra di loro, ma possono anche essere del tutto indifferenti; tuttavia, in qualsiasi caso ognuno conserva la propria autonomia. Dunque, secondo Romano, l'ordinamento giuridico non è un mero complesso di norme che traggono la propria legittimazione da quella di grado superiore, ma è un qualcosa che presuppone organizzazione e struttura. Il fenomeno giuridico non si esaurisce nel fenomeno normativo, come sostiene il normativismo, al contrario, le norme traggono giuridicità dal fatto che sono espressione di un determinato gruppo sociale. Per il Romano gli elementi costitutivi del diritto sono tre, la società, come base di fatto su cui il diritto viene ad esistenza; l'ordine, come fine a cui il diritto tende; l'organizzazione come mezzo per realizzare l'ordine. Dunque, si avrà diritto "quando vi è un ordine sociale organizzato"²⁴ e ciò significa allargare gli orizzonti dell'esperienza giuridica oltre i confini dello Stato, facendo del diritto un fenomeno sociale, capace di distinguere una società giuridica da una società non giuridica. In effetti, la teoria istituzionalista è una reazione allo statualismo, il quale identifica l'ambito del diritto con quello dello Stato. In tale ottica, le norme sono valide solo se connesse all'istituzione, al contrario della visione kelseniana, in cui le norme sono valide fintanto che appartengono all'ordinamento.

È necessario, tuttavia, domandarsi come nasce l'ordinamento giuridico, poiché per Romano vi è un momento in cui l'istituzione si pone quale entità unitaria, determinando una situazione limite, che è il momento originario in cui nasce una società organizzata. Una genesi, questa, che necessariamente presuppone la pluralità degli ordinamenti giuridici

²¹ Cfr. V. FROSINI, *Ordinamento... cit.*, p. 649.

²² Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, 1991, p. 8.

²³ *Ibidem*, p. 9.

²⁴ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria della Norma Giuridica*, Torino, 1958.

ed una instaurazione di fatto dell'ordinamento giuridico, un momento nel quale l'istituzione sorge ed inizia ad organizzarsi attraverso quelle norme per cui essa stessa esiste e funziona. Dunque, in questa visione, il punto di partenza è un fatto non ancora tradotto in norma. Al contrario, per Kelsen la genesi dell'ordinamento è riconducibile esclusivamente ad una rivoluzione, anch'essa fatto, sicuramente, ma, nella visione kelseniana momento di rottura e conseguente inizio di un nuovo ordine.

Tuttavia, le lacune della teoria istituzionalista sono numerose, poiché se Romano si preoccupa di definire nel dettaglio l'istituzione, l'ordinamento ed il diritto, lascia irrisolta la questione fondamentale, poiché presuppone il fenomeno associativo, manca, dunque, il punto fermo dal quale procedere per la giuridicizzazione del fenomeno²⁵.

La teoria istituzionalista, tuttavia, è accolta dal Mortati, il quale sostiene che considerare le sole norme giuridiche potrebbe dare una rappresentazione monca e fallace dell'ordinamento. Da qui la necessità di risalire alla definizione di istituzione, colmando le lacune lasciate dal Romano e ritenendo che essa è, come si diceva, un'intima struttura associativa impressa al gruppo dalla distribuzione delle forze e controforze, con il fine di conservare l'ordine al suo interno.

Ognuna di queste teorie ammette l'esistenza di rapporti tra ordinamenti giuridici, ma li spiega in maniera differente, li legge da punti di vista differenti. Sembra necessario, a tal punto, soffermarsi su una definizione di Comunità internazionale, esaminando, successivamente, le teorie relative al rapporto tra ordinamenti giuridici, al fine di comprendere la natura di tali rapporti e come essi sono stati visti nelle principali teorie.

L'esistenza di una molteplicità di Stati sovrani, legati, tuttavia, da bisogni non soddisfacibili in altro modo se non attraverso una reciproca intesa e cooperazione, determina la nascita di rapporti stabili, i quali danno vita ad un autonomo ordinamento, l'ordinamento internazionale²⁶. La Comunità internazionale, dunque, è quella che "si individua per trovare la sua ragion d'essere e per ritrarre il suo modo di essere dal fatto dell'esistenza di enti indipendenti e sovrani"²⁷. L'attuale Comunità internazionale trae la sua origine dalla "repubblica delle genti cristiane", sorta dopo l'anno mille fra i popoli dell'occidente europeo, legati dalla stessa fede religiosa e da un insieme di principi comuni. L'originaria struttura si sarebbe, poi, evoluta, acquistando i lineamenti assunti a seguito della pace di Westfalia. Sarebbe, dunque, sorta dalla comune volontà degli Stati

²⁵ Cfr. T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, op. cit. pp. 14 e ss.

²⁶ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo II, Padova, 1976, p. 1479.

²⁷ Cfr. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, pp. 19 e ss.

indipendenti, i quali hanno formato una loro società attraverso un Patto costitutivo della Comunità e risalente al XVII secolo. In tal senso, il diritto internazionale sarebbe l'ordinamento giuridico di tale comunità²⁸ sociale di enti, che si contrappone, dunque, al diritto interno, ritrovando, tuttavia, la propria fonte, l'autorità che lo produce nei rapporti sociali tra quei soggetti che compongono la Comunità internazionale²⁹. A livello internazionale, tuttavia, non può esistere una funzione legislativa intesa secondo lo schema del diritto interno; ciò, tuttavia, non osta al manifestarsi di una volontà collettiva, ascrivibile alla Comunità internazionale, poiché il diritto internazionale ha un'origine sociale, essendo il prodotto di *eadem sentire*, quello della comunità sociale di riferimento³⁰. In tal senso, il comando giuridico è prodotto della *societas*, del gruppo sociale di riferimento, al quale, al contempo, si impone³¹. Tale processo è del tutto indifferente alla composizione della società di riferimento, poiché qualunque comunità sociale pone le norme giuridiche disciplinanti le relazioni al suo interno³². Gli Stati, dunque, “determinano collettivamente le regole giuridiche (e di converso ne sono assoggettati) di quella comunità sociale – la Comunità internazionale – di cui sono inevitabilmente membri a titolo originario per il solo fatto di occupare fisicamente e governare effettivamente un territorio”³³.

Tali premesse teoriche inducono, tuttavia, a domandarsi qual è il fondamento della obbligatorietà del diritto internazionale, esaminando, a tale scopo, le maggiori teorie relative a tale problematica, quella realistica e quella volontaristica. È la prima teoria che sembra essere, oramai, accolta dagli ordinamenti contemporanei, poiché è maggiormente

²⁸ Cfr. C. MORTATI, *op. cit.*, p. 1479. L'Autore afferma che l'ordinamento internazionale, come ogni altro ordinamento primario, ha la sua norma fondamentale, che si pone quale fonte suprema dalla quale deriva l'obbligatorietà delle varie regole disciplinanti i comportamenti degli stati nei loro rapporti reciproci. Tuttavia, la dottrina internazionalista non è unanime sul modo di intendere tale Costituzione, poiché per alcuni essa coinciderebbe con gli accordi conclusi in virtù della volontà dello Stato e, dunque, con il principio *pacta sunt servanda*. Altri ritengono, al contrario, di poter risalire ad un patto originario, considerando come fonte primaria la consuetudine emergente dall'adozione di comportamenti comuni ed avvertiti come obbligatori.

²⁹ Per un approfondimento sul concetto di Comunità internazionale A. SINAGRA, P. BARGIACCHI (a cura di), *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009; N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2009; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006; G. BARILE, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980; G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi. L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1969.

³⁰ Cfr. G. SPERDUTI, *Osservazioni sulle basi sociali dell'ordinamento internazionale in Rivista di diritto internazionale*, 1963, pp. 1 e ss., nelle quali l'A. sostiene che “La funzione del diritto è una specifica funzione sociale: ora è da escludere che si possa veramente indagare sulla funzione sociale del diritto trascurandone l'origine sociale”.

³¹ Cfr. M. GIULIANO, *La Comunità internazionale ed il diritto*, Padova, 1950, p. 307.

³² Cfr. R. QUADRI, *Diritto...*, *op. cit.*, p. 27. “Ogni società, anche la più elementare si caratterizza per l'esistenza di un potere superiore ai consociati”.

³³ Cfr. A. SINAGRA, P. BARGIACCHI (a cura di), *Diritto...*, *op. cit.*, p. 3.

in grado di descrivere le dinamiche giuridiche internazionali. Secondo tale visione, nessuno Stato si è mai ritenuto *legibus solutus*, al contrario, ha sempre avvertito l'illiceità di certi comportamenti, assoggettandosi alle regole della convivenza internazionale. In tal senso, il fondamento dell'obbligatorietà del diritto internazionale deve, necessariamente, essere ricercato esaminando quella prassi statale che mette in luce l'esistenza di una sovranità politica, nella quale si deve ricercare il fondamento dell'obbligatorietà. In altre parole, il gruppo sociale stesso produce i due principi che sono il fondamento dell'obbligatorietà del diritto internazionale, *consuetudo est servanda* e *pacta sunt servanda*. Si tratta di norme sulla produzione giuridica e divengono il fondamento ultimo dell'obbligatorietà del diritto internazionale nella misura in cui tale fondamento si identifica nella volontà collettiva. Pertanto, le norme internazionali non sono obbligatorie perché così vuole lo Stato, ma perché esiste la norma eteronoma *pacta sunt servanda*, che è esterna rispetto alla volontà dei contraenti.

La teoria volontaristica, al contrario, incentra l'obbligatorietà del diritto internazionale sulla volontà dei soggetti destinatari del processo normativo. Tale tesi, tuttavia, viene criticata duramente, poiché se la costruzione da accogliere fosse questa, si negherebbe la giuridicità della norma, poiché essa sarebbe in grado di vincolare i destinatari solo se questi decidono di obbedire al comando in essa contenuto. In tal senso, l'obbligatorietà delle norme internazionali si fonda sulla volontà dello Stato di obbligarsi o, più precisamente, la volontà del singolo Stato di concludere un Trattato si distacca e si unisce alle altre volontà, divenendo una volontà collettiva e superiore³⁴.

Non è facile, tuttavia, comprendere come la singola volontà possa distaccarsi dallo Stato e divenire una volontà superiore e diversa, poiché ciò presupporrebbe che siano le singole volontà a creare diritto oggettivo, senza bisogno, come invece sostiene la teoria realistica, di una norma presupposta capace di conferire efficacia giuridica all'accordo. Tale teoria, come si dirà, è accolta nella visione dualista del rapporto tra ordinamenti e, infatti, presuppone che la sovranità dello Stato sia un dato assoluto, negando, dunque, l'esistenza di una volontà superiore capace di imporsi ai membri stessi della Comunità³⁵.

³⁴ Cfr. H. TRIEPEL, *Diritto internazionale e Diritto interno*, Torino, 1913. Il Triepel è senza dubbio uno dei maggiori esponenti di tale dottrina, alla quale hanno aderito Jellinek ed Anzilotti, come emerge in D. ANZILOTTI, *Corso di Diritto internazionale*, Roma, 1914; vedi anche C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività*, Milano, 1990.

³⁵ Su tale tematica almeno G. TUNKIN, *Theory of International Law*, Mosca, 1970. Tale teoria è stata accolta nella dottrina sovietica, poiché durante il periodo del socialismo la visione dei rapporti tra ordinamenti era orientata ad un dualismo particolarmente marcato, secondo il quale il diritto internazionale è vincolante solo se è stato accettato volontariamente dall'ordinamento. È chiaro che alla base di tale teoria vi era una volontà politica, poiché solo in tal modo l'URSS avrebbe potuto rispettare soltanto le norme e le

Dunque, la differenza maggiore tra le due teorie risiede nella visione della volontà, poiché se per la teoria realistica essa è eteronoma, quindi riferibile ad una “situazione psicologica permanente”³⁶, per quella volontaristica tale volontà è autonoma. Tuttavia, mancando “un supporto associativo, senza base reale, finisce, quindi, con il lasciare insoluto il problema del fondamento del diritto internazionale”³⁷.

Tra le maggiori teorie relative al fondamento dell’obbligatorietà del diritto internazionale è necessario soffermarsi, poi, su quella giusnaturalistica e su quella normativistica. La prima individua il fondamento dell’obbligatorietà del diritto internazionale in istanze superiori, laiche o religiose, ma superiori alla volontà umana. Le consuetudini ed i Trattati troverebbero, dunque, fondamento nel diritto naturale, legato, a sua volta, ad un dato aprioristicamente individuato. Tale teoria, tuttavia, non convince

consuetudini espressamente accettate. Non deve, però, stupire che tale teoria sia oggi sostenuta da una parte della dottrina statunitense, secondo la quale sono vincolanti le sole norme contenute in accordi ratificati e le convenzioni riconosciute dagli Stati Uniti. Ciò è dimostrato, senza dubbio, dalla sentenza della Corte Suprema *Medellin v. Texas* (128, SCt. 1346, 25 marzo 2008), la cui vicenda ha inizio nel 2004, anno in cui la Corte Internazionale di Giustizia dell’Aja (*Sentenza Avena 2004*) condanna gli Stati Uniti per la violazione dell’art. 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963 a danno del cittadino messicano Medellin. Secondo tale disposizione, lo Stato che arresta un cittadino straniero deve “avvertire senza indugio l’ufficio consolare” dell’arrestato per l’assistenza in favore di questo. La Corte Internazionale sosteneva, dunque, la necessità di proteggere Medellin riaprendo un nuovo processo ed annullando la precedente sentenza di condanna a morte. La vicenda era particolarmente complessa, poiché, al momento dell’arresto, il cittadino messicano non era stato informato di possedere il diritto all’assistenza consolare e ciò gli aveva, dunque, impedito di farlo valere durante il processo, atteso che le norme statunitensi sulle impugnative processuali prevedono che tale diritto possa essere fatto valere solo durante il giudizio, pena la prescrizione. La Corte dell’Aja, tuttavia, non prendeva in considerazione alcuna normativa interna, sostenendo la necessità di riaprire il processo, ma trovava l’opposizione delle Corti statunitensi, obbligate, in virtù del principio del precedente vincolante, a rifarsi ad una pronuncia della Suprema Corte (*Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 SCt 331, 28 giugno 2006), con la quale si sanciva che il diritto internazionale non osta all’applicazione delle norme interne sulla prescrizione, poiché la separazione tra ordinamenti giuridici impedisce ad esso di produrre effetti diretti nel territorio statunitense. Al fine di evitare una violazione della sentenza della Corte dell’Aja, l’allora Presidente Bush decideva di emanare un *memorandum*, con il quale chiedeva ai tribunali federali di attuare la sentenza della Corte Internazionale. Sulla base di tale atto, Medellin chiedeva alla *Texas Court of Criminal Appeals* la riapertura del suo processo, ma, vistasi respinta l’istanza, si era rivolto alla Corte Suprema. Quest’ultima, dopo aver negato che il *memorandum* del Presidente potesse in qualche maniera prevalere sul diritto interno del Texas, affermava che la sentenza della Corte dell’Aja non può considerarsi una norma direttamente applicabile nell’ordinamento, poiché il Congresso non si era preoccupato di emanare ulteriori norme che potessero realizzare la diretta applicabilità. In altre parole, non si evinceva da alcuna norma interna ed internazionale che tali sentenze dovessero prevalere, diventando diritto federale, così come prescritto dall’art. V della Costituzione, secondo il quale “La presente Costituzione e le leggi degli Stati Uniti che verranno fatte in conseguenza di essa, e tutti i trattati conclusi, o che si concluderanno, sotto l’autorità degli Stati Uniti, costituiranno la legge suprema del Paese (*the Supreme Law of the Land*); e i giudici di ogni Stato saranno tenuti a conformarsi ad essi, quali che possano essere le disposizioni in contrario nella Costituzione o nella legislazione di qualsiasi singolo Stato”. Nel silenzio normativo, la Corte Suprema si rifaceva al principio dualista, sostenendo che i due ordinamenti sono separati e che il Trattato che si assumeva essere violato non può attribuire diritti agli individui, ma soltanto imporre obblighi alle parti contraenti, in assenza di una normativa interna capace di colmare tale lacuna. In virtù di ciò, la Corte dichiarava che un atto presidenziale non ha il potere di superare i poteri e la volontà di uno Stato, pienamente sovrano in fatto di pena di morte. Medellin è stato, dunque, giustiziato per stupro ed omicidio.

³⁶ Cfr. A. SINAGRA, P. BARGIACCHI (a cura di), *Diritto...*, op. cit., p. 8.

³⁷ Cfr. R. QUADRI, *Diritto... op. cit.*, pp. 35 e ss.

allorquando sostiene che alla base dell'ordinamento giuridico vi siano dei valori, poiché questi sono scelti arbitrariamente, ma definiti come validi e normativi di per sé. In secondo luogo, l'affermazione secondo la quale le norme giuridiche sono sempre esistite poiché connaturate ad istanza divine o alla stessa natura umana, non trova alcuna dimostrazione nella realtà.

La teoria normativistica, elaborata quasi prevalentemente da Kelsen³⁸, esamina (l'obbligatorietà del) il fenomeno giuridico scindendolo da ogni altra componente, poiché la dottrina pura del diritto ha come obiettivo quello di “depurare” la norma da qualsiasi altra componente. Tuttavia, tale impostazione evidenzia un limite, poiché la norma giuridica è sempre l'espressione di una “stratificazione di un insieme di elementi calati nella realtà storico-sociale”³⁹. Come si dirà meglio nel corso della trattazione, la teoria normativistica pone come fondamento di validità dell'ordinamento giuridico la *Grundnorm*, un assioma indimostrabile, presupposto e non supposto, il quale, tuttavia, è in grado di garantire l'unità all'intero sistema, secondo una costruzione sovente definita a gradini (*Stufenbautheorie*). In tal senso, il fondamento dell'obbligatorietà del diritto internazionale dovrebbe rintracciarsi in tale norma superiore, gerarchicamente sovraordinata rispetto a tutte le altre, la cui esistenza, tuttavia, resta indimostrabile, pur essendo in grado di conferire legittimità all'intero ordinamento giuridico⁴⁰. Vista in quest'ottica, la *Grundnorm* sarebbe esterna all'ordinamento statale, dando vita ad un ordinamento superiore di cui sono parte i singoli Stati.

Sembra, pertanto, più esatto porre a fondamento dell'ordinamento internazionale una consuetudine, la quale dà vita alla “Costituzione in senso materiale” dell'ordinamento internazionale, dalla quale discendono le fonti derivate⁴¹. Gli Stati che divengono parte della Comunità internazionale, dunque, non possono non rimanere vincolati al sistema delle regole che essa pone.

Ricostruite, dunque, le teorie relative al fondamento dell'obbligatorietà del diritto internazionale e messo in luce che quella realistica appare essere la più veritiera ed

³⁸ Nell'ampia bibliografia sul tema, in particolare H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000; H. KELSEN, *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1994; H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, 1989; T. PERASSI, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1917.

³⁹ Cfr. A. SINAGRA, P. BARGIACCHI (a cura di), *Diritto...*, op. cit., p. 10.

⁴⁰ Le critiche rivolte a Kelsen per tale ricostruzione sono particolarmente dure, poiché è evidente la pericolosità di una simile ricostruzione, che finisce per legittimare e giustificare qualsiasi ordinamento e norma.

⁴¹ Cfr. C. MORTATI, op. cit., pp. 1480 e ss.

aderente alla realtà, è necessario soffermarsi sul problema del rapporto tra l'ordinamento dello Stato e l'ordinamento internazionale, quindi sulla posizione dello Stato e del suo diritto interno rispetto al diritto internazionale. Il problema, lungi dall'essere esclusivamente teorico⁴², deve essere affrontato soffermandosi sulle due principali visioni del rapporto tra ordinamenti giuridici, dunque sulle teorie dualiste e moniste.

In un'ottica dualista, il diritto internazionale ed il diritto interno sono due sistemi giuridici distinti; la concezione monista, al contrario, ritiene che essi siano parte di un unico sistema giuridico, in cui il diritto internazionale prevale su quello statale, poiché due sistemi normativi non possono essere vigenti nello stesso momento⁴³. In tal modo, il problema delle antinomie normative viene visto e risolto diversamente, poiché per i dualisti le antinomie sono inevitabili, giacché i due ordinamenti sono distinti e separati, mentre per i monisti sono delle patologie del sistema da eliminare. Tale teoria, in effetti, presuppone la necessaria armonia del mondo reale e, per tale ragione, non ammette contrasti tra norme in quello che viene visto come un unico ordinamento. L'impostazione deriva dal criterio dell'effettività e dal principio secondo cui le norme contraddittorie non possono essere effettive. Ciò, tuttavia, induce a domandarsi quale dei due ordinamenti abbia il primato sull'altro, quindi se la *Grundnorm* abbia natura interna o internazionale. Secondo il Kelsen⁴⁴, tale scelta dipende dalla formazione del giurista ed è un problema giuridicamente non rilevante, che non ha, dunque, bisogno di una trattazione, giacché il giurista che persegue la pace sceglierà la prevalenza dell'ordinamento internazionale, al contrario, lo studioso che è non pacifista riterrà più opportuno accogliere la prevalenza del diritto interno.

La maggior parte dei monisti, tuttavia, sostiene la natura internazionale della norma base e, dunque, la derivazione degli ordinamenti giuridici statali da quello internazionale, ritenendo che se così non fosse si negherebbe l'esistenza stessa del diritto internazionale. Ciò ha una conseguenza fondamentale, poiché, in quest'ottica, gli ordinamenti giuridici statali sarebbero ordinamenti "delegati" dall'ordinamento internazionale, il quale avrebbe

⁴² In tal senso, il Quadri mette in luce che l'accoglimento di una visione piuttosto che di un'altra ha un impatto notevole sulla realtà giuridica: si pensi al Tribunale di Norimberga, che, nell'accogliere le tesi moniste, non ha esitato a dichiarare nulle le leggi tedesche contrarie al diritto internazionale. R. QUADRI, *Diritto...*, *op. cit.* p. 42.

⁴³ Cfr. C. PINELLI, *Costituzione...*, *op. cit.*, pp. 63 e ss.

⁴⁴ In particolare nell'opera *Il problema della sovranità...* *op. cit.*

il potere di delimitare la loro sfera di competenza⁴⁵. Sarebbero, dunque, degli ordinamenti parziali, con competenze delegate dall'ordinamento internazionale⁴⁶.

Le teorie dualiste, elaborate, in particolare, da Triepel ed Anzilotti sul finire del XIX Secolo⁴⁷, ritengono che l'ordinamento interno e quello internazionale siano originari ed autonomi, dunque separati e distinti, incapaci, pertanto, di costituire un *unicum*. Secondo la dottrina dualista, "in ogni ordinamento giuridico sono giuridiche solamente ed esclusivamente le sue proprie norme; *in e per* ciascuno ordinamento giuridico le norme degli altri ordinamenti giuridici sono soltanto dei puri fatti, essendo sproviste di ogni vigore (principio della relatività dei valori giuridici). Gli ordinamenti giuridici interni e internazionale sono separati, hanno una esistenza distinta"⁴⁸. Tale dottrina ritiene che i due ordinamenti si distinguano sotto molteplici e fondamentali aspetti, in primo luogo dal punto di vista delle fonti, poiché esse sono poste da una volontà normativa diversa, dal punto di vista dei destinatari di tali fonti, atteso che da una parte troviamo gli individui e dall'altra gli Stati⁴⁹. Il regime di separazione risulta, tuttavia, particolarmente visibile dall'ammissibilità delle antinomie, poiché, nell'ottica dualista, si tratta di situazioni fisiologiche.

Come si accennava, infatti, per i dualisti le antinomie tra norme non soltanto sono ammissibili, ma sono viste come qualcosa di naturale, poiché i due sistemi sono indipendenti tra di loro, impedendo che ogni contrasto normativo possa essere risolto attraverso la prevalenza del diritto internazionale, atteso che non è ammissibile la configurazione dello Stato federale⁵⁰. Dunque, ogni qualvolta si parli di "prevalenza" o "superiorità" del diritto internazionale nell'ambito delle teorie dualiste non ci si deve far ingannare, poiché, in tale contesto, la superiorità è intesa come capacità del diritto internazionale di creare obblighi in capo agli Stati ed in quanto membri della Comunità internazionale. In effetti, in tale visione l'ordinamento statale "non sta in relazione diretta con quello internazionale in modo da assumere rispetto a questo la posizione di un

⁴⁵ È ciò che sostiene Kelsen in maniera inequivocabile allorché sostiene che il diritto interno trae la sua legittimazione da quello internazionale, poiché quest'ultimo è un ordinamento giuridico superiore. Si veda, in particolare H. KELSEN, *Dottrina dello Stato*, *op. cit.*

⁴⁶ Cfr. R. QUADRI, *Diritto... op. cit.*, p. 47.

⁴⁷ L'Italia, grazie al pensiero di Anzilotti, Perassi, Romano, Ago, Morelli è da sempre considerata, insieme alla dottrina tedesca, la più dualista del panorama internazionale.

⁴⁸ Cfr. R. QUADRI, *Diritto... op. cit.*, p. 44.

⁴⁹ Cfr. A. SINAGRA, P. BARGIACCHI (a cura di), *Diritto... op. cit.*, p. 15.

⁵⁰ Più precisamente, la teoria dualista, vedendo gli ordinamenti come autonomi, non accetta che qualsivoglia norma internazionale possa imporsi su quella interna, dal momento che la configurazione entro i due sistemi non ha struttura federale, poiché l'ordinamento internazionale non è affatto superiore, per cui le sue norme non possono imporsi sugli Stati come avverrebbe, invece, in un qualsiasi sistema federale.

ordinamento dipendente o derivato”⁵¹. In altre parole, il diritto internazionale può essere considerato superiore a quello statale, creando degli obblighi giuridici, tuttavia esso non può annullare il diritto interno, poiché ciò può avvenire solo con un altro atto interno. È chiaro, dunque, che la distanza tra dualismo e monismo è particolarmente marcata, almeno nelle premesse iniziali, poiché gran parte dei monisti considera l’ordinamento interno come derivato da quello internazionale, per cui da una parte troviamo la separazione, dall’altra l’unità. I dualisti assumono, dunque, che gli ordinamenti giuridici statali sono da considerarsi come sistemi indipendenti e non possono essere visti come delegati, neanche nel caso in cui in essi si decidesse di annullare una norma interna per contrasto con il diritto internazionale, poiché tale contrasto è solo apparente, nella misura in cui la norma interna è in antinomia con la norma di adattamento al diritto internazionale. Nell’ottica dualista, in effetti, il diritto internazionale non può trovare diretta applicazione nell’ordinamento interno, ma è necessario che esso sia “trasformato” in diritto interno.

Un primo tentativo di riportare ad unità le due teorie, dimostrando che tra esse non vi è grande distanza, la si deve al Quadri, il quale si sforza di partire dal dato reale, ponendosi una domanda fondamentale, che darà impulso alla elaborazione della sua tesi. In tale visione, si accolgono le premesse teoriche della separazione tra ordinamenti, ma ci si chiede per quale motivo nella realtà i contrasti normativi tra norme interne ed internazionali tendono a ridursi. Quadri, nell’elaborare la teoria del monismo strutturale⁵², sostiene che la struttura dell’elemento componente, lo Stato, tende ad adeguarsi alla struttura dell’insieme, la Comunità internazionale. Dunque, l’appartenenza dello Stato a quest’ultima comporta che esso debba necessariamente adeguarsi alle norme prodotte dal diritto internazionale. La visione è, dunque, più ampia, poiché si va oltre l’ordinamento giuridico, si considerano le strutture sociali e, in quest’ottica, le antinomie non sono situazioni fisiologiche, come sostengono i dualisti, ma delle distorsioni⁵³ in una realtà armonica.

⁵¹ Cfr. T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Padova, 1957, pp. 8 e ss.

⁵² Cfr. R. QUADRI, *Diritto... op. cit.*, p. 51.

⁵³ Cfr. R. QUADRI, *Diritto... op. cit.*, p. 51. Secondo il Quadri i due ordinamenti funzionano in un “sistema di perfetta armonia... è dunque da scartare l’idea dualista della separazione e dell’ indipendenza, idea puramente normativa”.

3. La ricostruzione in senso monista dei rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento internazionale: il normativismo di Hans Kelsen

Gli approcci teorici all'esame del rapporto interordinamentale sono numerosi; tuttavia appare necessario soffermarsi, dapprima, sulla soluzione prospettata da Hans Kelsen⁵⁴, poiché essa nasce come reazione alla prospettiva dualista, distaccandosene nettamente, dando vita, dunque, ad una visione diametralmente opposta. In effetti, il concetto della separazione e della reciproca indipendenza tra ordinamenti giuridici, su cui si era tranquillamente adagiata per anni la dottrina, viene scosso dalla nuova visione prospettata dalla scuola di Vienna e, in particolare, dal suo massimo esponente, il quale si dedica a dimostrare la fallacia e la illogicità delle tesi allora dominanti, opponendo al dualismo la tesi del monismo⁵⁵. Il Kelsen esclude, in primo luogo, la possibilità di ammettere “come contemporaneamente esistenti l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni, dal primo e tra loro indipendenti”⁵⁶, lasciando aperta solo la questione relativa al primato del diritto internazionale o di quello statale.

Tale nuova dottrina si è rapidamente affermata, ottenendo in pochi anni la prevalenza sulle dottrine dualiste e ciò è ascrivibile, senza dubbio, all'autorevolezza ed all'abilità dei suoi sostenitori, in particolare il Kelsen ed il Verdross, ma è, altresì, conseguenza delle premesse kelseniane, accolte da numerosi studiosi, i quali, in tale momento storico, aderiscono alla visione monista. D'altronde, gli assunti kelseniani, sebbene notevolissimi, sono una chiarificazione di ciò che prima era solo confusamente intuito.

Esaminando la dottrina dualista, non è difficile per il Kelsen dimostrarne l'insostenibilità e la contraddittorietà, poiché secondo tale visione l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni sono tra loro indipendenti, eppure coordinati. Kelsen ritiene tale assunto un'ingenua illusione, poiché due ordinamenti non possono essere contemporaneamente validi ed efficaci e se così fosse si arriverebbe a negare la giuridicità dell'ordinamento internazionale, quindi la separazione è insostenibile. Le teorie kelseniane portano a ritenere che due ordinamenti non possono essere coordinati, avere ciascuno un campo di competenza, distinto da quello dell'altro, “senza una norma giuridica che ponga quella coordinazione, che spartisca quella competenza, senza una norma

⁵⁴ Cfr. C. PINELLI, *Costituzione e principio... op. cit.*, pp. 66 e ss.

⁵⁵ Cfr. G. BALLADORE PALLIERI, *Le dottrine di Hans Kelsen e il problema...*, *op. cit.*, pp. 24 e ss.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 25.

giuridica, cioè, che si riferisca ad entrambi gli ordinamenti e valga per entrambi, servendo fra loro di unione, e rendendoli una sola unità giuridica”⁵⁷. Tale assunto, secondo il Kelsen, è insito nelle teorie dualiste, poiché allorquando si sostiene che le norme internazionali non hanno valore obbligatorio se non sono riconosciute dagli Stati, si sostiene, al contempo, che il valore obbligatorio deriva dalla volontà dei singoli Stati, la medesima volontà dalla quale derivano le fonti interne. Dunque, norme interne ed internazionali hanno la medesima fonte, quindi appartengono ad un solo sistema giuridico. Peraltro, precisa il Kelsen, vi sarebbe un errore di fondo nelle teorie dualiste, atteso che esse, talvolta, riconoscono la primazia del diritto internazionale, tuttavia ciò non può essere vero se, al contempo, si sostiene la separazione. In altre parole, una norma che sia del tutto al di fuori di un dato ordinamento giuridico non potrebbe mai essere superiore alle norme prodotte da esso, non riconoscendo norme superiori alle proprie. Le due affermazioni, secondo il Kelsen, si escludono a vicenda⁵⁸ e, dunque, se le norme internazionali sono riconosciute come superiori, è necessario che l’attività normativa si svolga all’interno di un unico ordinamento. D’altra parte, è un altro principio cardine della teoria dualista a subire delle critiche particolarmente dure, poiché se per **essa** il diritto internazionale vincola solo lo Stato e non i suoi organi, è legittimo domandarsi come si assolve a quell’obbligo. In altre parole, se lo Stato non utilizza i suoi organi per adempiere agli obblighi internazionali, come potremmo parlare di obbligo. La contraddizione di fondo è evidente; tuttavia, almeno in queste affermazioni, sembra che non vi sia particolare distanza tra le due teorie, atteso che, in qualche misura, Kelsen completa le teorie dualiste, mettendo in luce gli errori e trovando delle soluzioni⁵⁹.

Contraddicendo quanto espresso dalla teoria dualista, Kelsen elabora la visione monista, secondo la quale diritto interno e diritto internazionale sono parte di un unico ordinamento giuridico, ammettendo due sole possibilità: asserire l’esistenza dei soli ordinamenti statali, riducendo il diritto internazionale a diritto pubblico esterno, oppure asserire l’esistenza del solo ordinamento internazionale, riconoscendo gli Stati come parti di tale ordinamento. Tale scelta, pressoché arbitraria, è una notevole peculiarità del pensiero kelseniano e trova la sua radice in due opposte tendenze, l’imperialismo ed il

⁵⁷ Cfr. G. BALLADORE PALLIERI, *Le dottrine di Hans Kelsen e il problema...*, op. cit., p. 37.

⁵⁸ “Il diritto internazionale è superiore allo Stato nel senso che costituisce un limite giuridico alla sua potestà”, D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1928, p. 49. Anzilotti è uno dei massimi esponenti della teoria dualista, tuttavia tale affermazione è stata duramente criticata dal Kelsen, poiché in ciò risiederebbe la contraddittorietà, atteso che il diritto internazionale è visto come limite, proprio come avviene nella teoria monista.

⁵⁹ Cfr. G. BALLADORE PALLIERI, *Le dottrine di Hans Kelsen e il problema...*, op. cit., p. 53.

pacifismo: il giurista sceglierà in base alla sua formazione. Tuttavia, l'arbitrarietà della scelta è ben lungi dall'essere trascurata dal Kelsen, poiché il positivismo giuridico difficilmente potrebbe ammettere scelte ed è per tale ragione che l'esponente della scuola di Vienna ritiene che sia necessario optare per il primato del diritto internazionale.

Secondo l'impostazione gradualista dell'ordinamento giuridico prospettata da Kelsen, il rapporto tra ordinamento internazionale ed interno viene ricondotto ad unità, dunque in una prospettiva monista. Kelsen, nell'affermare il concetto della purezza del diritto e del positivismo giuridico, si sofferma particolarmente sulla sfera della normatività⁶⁰. La preoccupazione kelseniana della purezza del diritto orienta la sua metodologia, poiché ci si concentra maggiormente e quasi esclusivamente sulla sfera della normatività. La costruzione della dottrina pura del diritto passa attraverso l'affermazione della "specifica autonomia di una sfera comprendente atti e fatti che hanno un significato", dunque l'indagine è circoscritta ad atti e fatti "in quanto è il contenuto di norme giuridiche, in quanto è cioè determinato da norme giuridiche"⁶¹, non considerando nell'analisi ogni elemento che non appartenga alla sfera del diritto. Tale metodo, meglio noto come metodo positivo, conduce a distinguere norma e fatto, ritenendo quest'ultimo irrilevante ai fini della conoscenza del diritto, poiché il giurista ha il dovere di concentrarsi esclusivamente sulla norma e sulla sua validità. Come si accennava, la norma è valida "perché e in quanto si trova inserita nella concatenazione produttiva di un ordinamento valido"⁶².

A tal proposito, sembra necessario, dapprima, comprendere il significato di ordinamento giuridico accolto da Kelsen, il quale identifica il fenomeno giuridico con le norme di diritto positivo, assumendo la denominazione di "normativismo", secondo il quale il diritto si esaurirebbe nelle norme, intese come comandi. Dunque, secondo tale visione, il diritto è l'insieme di quelle norme che regolano comportamenti umani, mentre l'ordinamento giuridico è un sistema di norme disposte secondo un rigido schema gerarchico, dove ogni norma è legittimata da quella di grado superiore. Si giunge, in tal

⁶⁰ Cfr. H. KELSEN *Lineamenti...*, *op. cit.*; KELSEN *Teoria generale del Diritto e dello Stato*, Milano, 2000; KELSEN *Il problema della sovranità...*, *op. cit.* L'Autore sostiene che lo studio del diritto non può essere condizionato da fattori esterni e, in virtù di ciò, Kelsen parla di "dottrina pura del diritto". Secondo tale prospettiva, è fondamentale riconoscere la "specifica autonomia di una sfera comprendente atti e fatti che hanno un significato" e che, dunque, non devono risentire di condizionamenti sociologici, filosofici, politici. Nasce, in tal modo, la teoria del positivismo giuridico, secondo la quale alla scienza giuridica è richiesta avaloratività e carattere descrittivo. Ne "La Dottrina Pura del Diritto", ma, in particolare nella "Teoria generale del Diritto e dello Stato", Kelsen chiarisce che "l'ideale del positivismo giuridico è quello di preservare la teoria del diritto positivo dall'influenza di qualsiasi tendenza politica o, ciò che è lo stesso, da qualsiasi giudizio soggettivo di valore".

⁶¹ Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti...*, *op. cit.*, pp. 54 e ss.

⁶² Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina...*, *op. cit.*, pp. 103 e ss.

modo al concetto di validità della norma giuridica⁶³, che conduce naturalmente alla costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico. In tal senso, la norma è valida se è conforme alla norma gerarchicamente superiore, la quale ne disciplina il procedimento di formazione, ma ciò non significa che ogni norma creata secondo il procedimento prescritto debba essere considerata norma giuridica, poiché può definirsi tale solo la norma che regola il comportamento umano “e lo regola provvedendo come sanzione un atto coercitivo”⁶⁴.

Tuttavia, il fondamento di validità delle norme appartenenti ad un ordinamento giuridico non può, nel pensiero di Kelsen, essere ricercato *ad infinitum*, poiché a chiudere il sistema vi è la Norma Fondamentale (*Grundnorm*), la quale garantisce l'unità e conferisce validità e legittimità alle norme prodotte all'interno del sistema, “essendo il fondamento supremo della validità dell'intero ordinamento giuridico, ne costituisce l'unità”⁶⁵. La Norma Fondamentale è, dunque, la norma di chiusura del sistema, poiché arresta la ricerca a ritroso del fondamento di validità di ogni singola norma, ma, probabilmente, è anche il concetto più problematico dell'intera teoria kelseniana. In effetti, secondo il filosofo austriaco, l'ordinamento giuridico ha struttura piramidale, al cui vertice si pone, appunto, la Norma Fondamentale, che conferisce validità ad ogni altra norma e la rende parte del sistema, ponendosi come fonte sulle fonti e, dunque, come norma sulla normazione. Tuttavia, essa è, al contempo, la norma di chiusura e ciò implica che non possa trovare fondamento di validità in nessun'altra, secondo il rigido criterio gerarchico individuato da Kelsen. La conclusione cui si giunge è che la Norma Fondamentale “non è posta, ma è presupposta”⁶⁶, poiché se così non fosse, si presupporrebbe l'esistenza di un'autorità, la cui competenza dovrebbe riposare su una norma ancora più elevata⁶⁷. Dunque, la Norma Fondamentale si autolegittima e precede la Costituzione in senso giuridico- positivo. In altre parole, “nella norma fondamentale, in ultima istanza, trova la sua base il significato normativo di tutti i fatti che costituiscono l'ordinamento giuridico”⁶⁸. La *Grundnorm*, in tal senso, diverrebbe un postulato o un'ipotesi originaria indimostrabile, quindi il “giurista dovrebbe limitarsi a porre questa premessa necessaria alla

⁶³ Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina...*, *op. cit.*, pp. 103 e ss.

⁶⁴ Cfr. H. KELSEN, *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1994, pp. 125 e ss.

⁶⁵ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina*, *op. cit.*, p. 95 “una pluralità di norme forma una unità, un sistema, un ordinamento, quando la sua validità può essere ricondotta ad un'unica norma come fondamento di questa validità”

⁶⁶ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del Diritto*, *op. cit.*, p. 99.

⁶⁷ Cfr. T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milano, 2010.

⁶⁸ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del Diritto*, *op. cit.*, p. 98.

giustificazione della validità delle norme, senza andare oltre, poiché oltre non vi sarebbe più diritto, ma sociologia, politica”⁶⁹.

L’esistenza della Norma Fondamentale, tuttavia, non garantisce di per se stessa la validità dell’ordinamento giuridico, poiché questo per essere tale deve, al contempo, essere un sistema coercitivo, in cui per coercizione si intende l’esercizio della forza fisica o la minaccia del suo esercizio. In tal senso, un sistema giuridico è tanto più perfetto quanto più l’esercizio della forza è sottratto all’iniziativa individuale ed è centralizzato in organi specializzati, come i governi e i tribunali.

Malgrado la difficoltà che si incontra nel definirla, è proprio la Norma Fondamentale ad assumere un ruolo centrale nello studio dei rapporti tra ordinamenti giuridici, poiché è essa a fondare la ricostruzione in senso monista delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale. L’affermazione dell’unità tra diritto interno ed internazionale discende, in effetti, dalla necessità di individuare un unico fondamento di validità dell’ordinamento, atteso che “il diritto internazionale e quello statale non possono essere sistemi di norme diversi e reciprocamente indipendenti, se le norme di entrambi questi sistemi sono considerate valide per lo stesso spazio e nello stesso tempo. Non è logicamente possibile assumere che norme valide simultaneamente appartengano a sistemi diversi e reciprocamente indipendenti”⁷⁰.

Bisogna interrogarsi, dunque, sul rapporto tra modello monista e principio di esclusività dell’ordinamento giuridico, convenendo con le ricostruzioni secondo le quali nel modello monista il principio di esclusività può essere inteso come unicità del sistema normativo⁷¹.

Nella visione kelseniana, i due sistemi normativi devono necessariamente essere parti di un unico ordinamento giuridico e ciò si fonda proprio sul principio gerarchico, che si manifesta direttamente allorché l’ordinamento superiore disciplina il procedimento mediante il quale vengono create le norme nell’ordinamento inferiore, ma anche indirettamente, ovvero quando l’ordinamento superiore si limita a delegare a quello inferiore la creazione di norme giuridiche⁷². L’unicità del processo di produzione normativa, discendente dall’unicità del postulato della norma fondamentale, determina l’impossibilità di rinvenire nel sistema contraddizioni normative. Kelsen nega in maniera inequivocabile la pluralità degli ordinamenti giuridici.

⁶⁹ R. QUADRI *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1989.

⁷⁰ Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale...*, *op.cit.*, p. 369.

⁷¹ Cfr. C. PINELLI, *Costituzione...*, *op. cit.*, p. 61.

⁷² Cfr. H. KELSEN *Teoria generale...*, *op.cit.*, pp. 378 e ss.

I due sistemi normativi sono, dunque, parti di un unico ordinamento giuridico ed il loro rapporto si basa, in primo luogo, sul principio della gerarchia, poiché l'ordinamento inferiore ha nell'ordinamento superiore la sua norma fondamentale relativa, e cioè la determinazione fondamentale della sua creazione.

È, dunque, il principio gerarchico che riconduce ad unità le relazioni tra diritto interno e diritto internazionale; tuttavia, se si accetta la struttura di un rapporto di sovra o sotto-ordinazione, diviene necessario chiedersi quale ordinamento è sovraordinato rispetto all'altro. Si tratta, senza dubbio, di uno degli elementi più problematici della riflessione kelseniana, poiché se si parte dal presupposto secondo cui non è possibile che due sistemi normativi siano vigenti nello stesso tempo e nello stesso spazio, risulta evidente che se si accettasse il primato del diritto statale, dovremmo riconoscere un unico Stato, escludendo, in tal modo, non soltanto la sovranità di qualsiasi altro Stato, in virtù dell'impossibilità di riconoscere il pluralismo degli ordinamenti giuridici, ma, in particolare, ciò significherebbe negare l'esistenza del diritto internazionale, riducendolo a diritto pubblico esterno. Nella visione kelseniana, dunque, "ordinamento sovrano è solo quell'ordinamento che non è "ricompreso" in nessun altro ordinamento perché non può essere fatto derivare da altro; in altri termini, l'ordinamento sovrano è soltanto l'ordinamento totale che racchiude tutti come ordinamenti parziali"⁷³.

È proprio in questa fase della ricostruzione che Kelsen rimane, in qualche maniera, prigioniero dell'unicità della *Grundnorm*.

Nel monismo kelseniano la sovra-ordinazione è in maniera inequivocabile riconosciuta all'ordinamento internazionale⁷⁴, in virtù della precedenza logica che esso ha sul diritto statale, basata, a sua volta, sulla validità del diritto internazionale indipendentemente dal suo riconoscimento all'interno dello Stato⁷⁵. Nel pensiero

⁷³ Cfr. H. KELSEN, *Il problema della sovranità...*, op. cit., p. 22.

⁷⁴ In realtà, la posizione di Kelsen in merito al primato è cambiata nel corso del tempo, poiché, dapprima, sembra essere orientato al primato del diritto internazionale, mentre successivamente sostiene che tale scelta non è particolarmente rilevante e dipenderà dalla formazione del giurista. Per un'analisi del diverso punto di vista si vedano "Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale" e "Teoria generale del diritto e dello Stato".

⁷⁵ Tale visione sembra essere condizionata dalle teorie giusnaturalistiche; si pensi all'idea di *civitas maxima*, che diviene, secondo Kelsen, fondazione ultima del suo globalismo giuridico. Si tratta di un concetto già noto e che precede la nascita del diritto internazionale moderno, meglio conosciuta come *imperium romanum*. Kelsen riprende tale concetto intendendo il diritto internazionale come ordinamento giuridico mondiale o universale, che travalica le singole comunità statali e la cui validità è ancorata nella sfera dell'etica. L'idea della *civitas maxima* è esposta, in particolare, nell'opera "Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto" del 1920, nella quale Kelsen afferma che "solo temporaneamente e nient'affatto per sempre l'umanità contemporanea si divide in Stati, che si sono formati del resto in maniera più o meno arbitraria. La sua unità giuridica e cioè la *civitas maxima* come organizzazione del mondo: questo è il nocciolo politico del primato del diritto internazionale, che è al tempo

kelseniano emerge, dunque, un orientamento all'universalismo, poiché l'unità del diritto e, di conseguenza, il primato del diritto internazionale implicano che l'ordinamento internazionale includa tutti gli altri ordinamenti statali, essendo ad essi sovra-ordinato. Kelsen ritiene che l'ordinamento internazionale sia "un ordinamento giuridico universale superiore agli ordinamenti giuridici parziali degli Stati particolari, un ordinamento che li racchiude in sé"⁷⁶.

Come si accennava, il normativismo kelseniano viene ripreso da Norberto Bobbio, secondo il quale le norme di un ordinamento non si trovano tutte sullo stesso piano, poiché vi sono norme superiori e norme inferiori. "Risalendo dalle norme inferiori via via a quelle che si trovano più in alto si arriva da ultimo alla norma suprema, che non dipende da nessun'altra norma superiore e su cui riposa l'unità dell'ordinamento. Questa norma suprema è la norma fondamentale"⁷⁷. Nella visione di Bobbio, tale norma fondamentale riporta ad unità le norme, facendone un sistema unitario, un ordinamento giuridico. In tal senso, la norma fondamentale diviene un termine unificatore delle norme che compongono un ordinamento, poiché, per quanto possano essere numerose le fonti di un ordinamento, l'unità viene garantita dall'esistenza della norma fondamentale. Dunque, Bobbio accoglie la visione gerarchica dell'ordinamento giuridico, secondo cui la norma inferiore viene legittimata da quella superiore ed è obbligata a rispettarne il contenuto, come nel caso della legge ordinaria nei confronti delle norme costituzionali.

Tuttavia, al fine di chiudere il sistema, è necessario fare un passo oltre le norme costituzionali, poiché non sono esse a coincidere con la norma fondamentale. Se è valida la struttura piramidale dell'ordinamento giuridico, allora la presenza di norme costituzionali implica l'esistenza di un potere normativo da cui esse sono derivate, il quale, nella visione di Bobbio, viene fatto coincidere con il potere costituente. Il merito di tale teoria, in effetti, è rintracciabile nella volontà di dare attuazione pratica al normativismo, spiegandolo attraverso la realtà, superando, in tal modo, la teoricità ascrivibile al modello kelseniano, una sorta di idealtipo che Bobbio applica alla realtà. Il potere costituente è, dunque, il potere ultimo, originario e supremo, tuttavia ogni potere, nello schema piramidale, necessita di una norma che lo autorizzi a produrre norme giuridiche. Se il potere costituente è il potere ultimo, è possibile solo presupporre una norma in grado di attribuire a tale potere la facoltà di produrre norme giuridiche: questa norma è la norma

stesso l'idea fondamentale di quel pacifismo che nell'ambito della politica internazionale costituisce l'immagine rovesciata dell'imperialismo".

⁷⁶ Cfr. H. KELSEN, *Il problema della sovranità...* "op. cit. pp. 367 e ss.

⁷⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria dell'Ordinamento giuridico...*, op. cit., p. 40.

fondamentale. Dunque, anche per Bobbio sembrerebbe assumere il carattere di norma presupposta, di postulato indimostrabile, come per Kelsen; tuttavia, a ben vedere, lo studioso italiano compie un passo in avanti. In questa visione, la norma fondamentale potrebbe essere formulata in questo modo, “Il potere costituente è autorizzato ad emanare norme obbligatorie per tutta la collettività”⁷⁸, ma essa, pur essendo necessaria a chiudere il sistema, a dimostrare che oltre è inutile andare, non è mai espressa. Bobbio tenta, dunque, di smentire le critiche mosse contro il normativismo, sostenendo che coloro i quali hanno disapprovato tale teoria non hanno compreso il senso della norma fondamentale, la sua funzione. “Posto un ordinamento di norme di diversa provenienza, l’unità dell’ordinamento postula che le norme che lo compongono siano ridotte ad unità”⁷⁹ e questa *reductio ad unum* si compie solo se al vertice del sistema viene posta una norma unica, da cui tutte le altre derivino.

Tale norma è in grado di produrre e legittimare il potere costituente ed è proprio in questo passaggio che si coglie il valore aggiunto della teoria di Bobbio rispetto a Kelsen, poiché questi mette in luce un elemento fondamentale, in grado di far vacillare le certezze di coloro i quali hanno tentato di dimostrare l’impossibilità applicativa di tale modello. Bobbio risponde in maniera inequivoca, sostenendo “Che questa norma non sia espressa, non significa che non esista: ad essa ci riferiamo come a fondamento sottinteso di legittimità di tutto il sistema.... Significa che consideriamo la Costituzione legittima perché è stata legittimamente posta”⁸⁰. Il fondamento sottinteso di legittimità di tutto il sistema, peraltro, può essere individuato. In effetti, la norma fondamentale, nell’ordinamento italiano, può identificarsi, nella visione di Bobbio, con il *decreto legge luogotenenziale n.151* del 25 giugno 1944, con il quale si attribuiva ad una Assemblea costituente il compito di redigere una nuova Costituzione per lo Stato. Nella visione di Bobbio, tale norma, divenendo fondativa dell’ordinamento, deve essere riconosciuta come *Grundnorm* dell’intero sistema. Volendo, al contrario, accogliere la teoria kelseniana, Bobbio sostiene che neanche in tal caso la norma fondamentale assumerebbe quel carattere oscuro ed indecifrabile che i critici le hanno attribuito, poiché, accettando la tesi della rottura tra vecchio e nuovo ordinamento, resta chiara l’esistenza di una norma che impone di obbedire a ciò che il potere costituente stabilisce. In quest’ultimo caso, la norma fondamentale torna ad essere un postulato, ma è, al contempo, il presupposto

⁷⁸ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria dell’Ordinamento Giuridico...*, op. cit., p. 52.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 53.

⁸⁰ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria dell’Ordinamento Giuridico...*, op. cit., p. 54.

dell'obbedienza alla Costituzione ed a tutte le leggi che ne derivano, poiché essa è fondamento di validità di tutte le norme del sistema. Dunque, secondo Bobbio, alla domanda "su cosa si fonda la norma fondamentale" è necessario rispondere che "essa non ha alcun fondamento, perché, se avesse un fondamento, non sarebbe più la norma fondamentale, ma vi sarebbe un'altra norma superiore da cui essa dipende"⁸¹. Per comprendere cosa vi è dietro la norma fondamentale, su cosa essa riposa, è necessario uscire dal sistema, ma, riprendendo Kelsen, lo studioso italiano afferma che il compito del giurista si arresta, poiché oltre la norma fondamentale non c'è più diritto e non avrebbe più senso indagare⁸².

La visione normativista, tuttavia, è stata oggetto di critiche particolarmente dure, poiché conduce per vocazione alla neutralizzazione in senso normativistico del concetto di sovranità, atteso che tale ricostruzione non passa per la ricomposizione delle differenze, ma per la loro negazione⁸³. In altre parole, "se tutto il diritto è uno, se vi è un solo ordinamento giuridico totale, composto di ordinamenti parziali delegati nella loro validità da quello superiore, tutti gli ordinamenti parziali si trovano sullo stesso piano di qualità, nel senso che nessuno può essere fornito di un plusvalore rispetto ad un altro"⁸⁴. In tal senso, lo Stato viene, in qualche misura, negato, visto come una piccola parte dell'ordinamento superiore, dal quale discende la sua validità. Inutile sottolineare la fallacia di una simile ricostruzione, poiché la realtà dimostra che il concetto di sovranità, per quanto sia mutato nel corso degli anni, non può essere messo in discussione o, addirittura, negato nella sua essenza. Alcuni passaggi del pensiero kelseniano, tuttavia, sembrano essere ancora attuali; si pensi alla vocazione all'universalismo, come negare che essa non sia insita nelle Costituzioni moderne, le quali si aprono verso l'esterno soprattutto al fine di raggiungere l'obiettivo pacifista. Ancora più difficile, in tema di salvaguardia dei diritti fondamentali, è non riconoscere, soprattutto nel panorama europeo, una tendenza all'universalismo.

Malgrado ciò, le critiche alla costruzione kelseniana hanno un fondamento solido, poiché gli assunti e la metodologia non trovano applicazione pratica nella realtà. È

⁸¹ *Ibidem*, p. 58.

⁸² Al fine di avvalorare la sua tesi, Bobbio sostiene, se si vuole anche in maniera provocatoria, che oltre la norma fondamentale ci sono risposte fumose. "Qual è il fondamento della norma fondamentale di un ordinamento giuridico?", sono risposte che trascendono l'ordinamento stesso, può darsi che alcuni rispondano che la vera fonte ultima è Dio, altri diranno che si tratta della legge naturale, della ragione o del volontarismo, legato al contratto sociale. Come si vede, ognuna di queste risposte impone di andare oltre il diritto ed apre problematiche che non possono e non devono interessare il giurista. N. BOBBIO, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico...*, *op. cit.*, p. 60.

⁸³ Cfr. C. PINELLI, *Costituzione...*, *op. cit.*, p. 72 e ss.

⁸⁴ Cfr. A. CARRINO, Prefazione all'opera *Il problema della sovranità...**op. cit.*, p. XXXIX.

necessario, in effetti, domandarsi come sia possibile scindere la norma giuridica da qualsiasi altro elemento, dalla storia, dalla politica, atteso che la norma è espressione di un *eadem sentire*, di una necessità che si manifesta in un determinato momento storico e per una determinata collettività: da qui nasce la norma. Non si tratta di negare l'importanza del dato normativo, al contrario, si tratta di arricchirlo, capendo quali sono gli elementi che conducono alla sua nascita, in altre parole, si tratta di non scindere fatto e norma⁸⁵.

D'altro canto, è innegabile che le fonti del diritto siano espressione di un dato momento storico- politico e ciò è dimostrato dalla realtà, poiché se così non fosse non avrebbe avuto senso l'adozione di Costituzioni rigide, capaci di resistere ai cambiamenti della società, come non avrebbe senso parlare di gerarchia delle fonti del diritto. Le norme sono, per forza di cose, espressione di una società, per cui esaminarle da sole ed in quanto tali induce in errore, poiché si tratterebbe di un'analisi parziale, la quale si ferma all'atto e non si chiede il perché della norma in esso espressa.

L'impatto della storia sul modello monista è stato dirompente, poiché un simile orientamento ci riporterebbe all'ordinamento universale cattolico e imperiale, trascurando le trasformazioni che sono intervenute e che hanno reso gli ordinamenti interni autonomi ed indipendenti, ma Kelsen ha avuto il grande merito di mettere in luce con coerenza e lucidità il ruolo degli individui nel diritto internazionale⁸⁶, evidenziando che essi possono avanzare delle pretese nei confronti dell'ordinamento statale, pretese loro concesse proprio dal diritto internazionale⁸⁷. Tuttavia, molti dei suoi assunti vengono smentiti dalla realtà, poiché se avesse trovato attuazione *in toto* tale modello, le clausole costituzionali di apertura, i meccanismi relativi alla ratifica dei Trattati internazionali, non avrebbero avuto alcuna ragion d'essere⁸⁸. La teoria monista, in effetti, non trova attuazione reale, si pensi ai meccanismi di adattamento previsti nelle Costituzioni, i quali non avrebbero ragion d'essere se vi fosse un unico ordinamento giuridico⁸⁹.

⁸⁵ Cfr. V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1960, p. 775.

⁸⁶ Cfr. A. CARRINO, Prefazione all'opera *Il problema della sovranità...op. cit.*, p. XLV.

⁸⁷ Come non scorgere la lungimiranza del pensiero kelseniano sotto tale punto di vista. Si pensi al ruolo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, al diritto riconosciuto al singolo di adirla o alla dottrina *Francovich*, (causa C 6/90 e C 9/90) inaugurata dalla Corte di Giustizia nel 1991, con la quale è stata riconosciuta la possibilità ai cittadini di ricevere un risarcimento dallo Stato membro che non ha attuato il diritto dell'Unione, nel caso di specie una Direttiva, arrecando un pregiudizio al singolo.

⁸⁸ È pur vero che le tesi moniste riconoscono la loro esistenza, ma ne negano il senso e la stessa giuridicità, ritenendo che tali clausole sono meramente dichiarative, non essendo ammissibili, nella realtà, antinomie normative. Sul punto R. QUADRI, *Diritto...*, *op. cit.*, p. 48.

⁸⁹ In tal senso, in maniera emblematica, C. MORTATI, *op. cit.*, p. 1481, secondo il quale "L'ordinamento internazionale e quello dei singoli Stati sono sovrani ciascuno nel suo ambito, dovendosi ritenere inesatta la teoria monista che vorrebbe ricondurli tutti ad un'unica entità".

È fuori da ogni dubbio che, successivamente alla Seconda guerra mondiale, il concetto di sovranità abbia subito dei ripensamenti, accentuandosi la collaborazione fra Stati e la dimensione istituzionale dell'ordinamento internazionale, tuttavia l'aderenza alla realtà del modello monista appare piuttosto artificiosa, poiché la storia costituzionale ha dimostrato l'esistenza di una pluralità di fonti. Ecco che l'unità, lungi dall'essere raggiunta, diviene l'obiettivo cui tendere, verso cui devono necessariamente orientarsi le Corti, le quali operano in un sistema in cui le fonti normative non hanno più un unico centro di imputazione. Le Corti sono chiamate, in effetti, ad allontanarsi dal modello kelseniano, pur tendendo, almeno in parte, al raggiungimento dell'unità⁹⁰, nel tentativo di riorganizzare il sistema delle fonti, partendo proprio da quel dato costituzionale relativo all'apertura e capace di riorganizzare le fonti in maniera rispettosa della complessità.

4. Il meccanismo di adattamento al diritto internazionale nel modello monista

Ricostruita la teoria kelseniana relativa al rapporto tra ordinamenti, appare necessario soffermarsi in maniera più approfondita sulla questione relativa all'adattamento del diritto interno al diritto internazionale nel modello monista. È stato già messo in luce un dato fondamentale, relativo al postulato dell'unità del diritto interno ed internazionale, il quale implica che essi debbano essere considerati come due momenti dell'unico processo di produzione normativa. Tale assunto potrebbe indurre a credere che il problema dell'adattamento sia del tutto marginale nel modello monista, tuttavia il quadro appare più complesso di ciò che può sembrare ad una prima lettura⁹¹.

Kelsen critica duramente le teorie dualiste, sostenendo che nel momento in cui si assume che gli ordinamenti sono separati tra loro, è necessario, altresì, accettare che “non è possibile un dualismo nel senso di riconoscere tutti e due validi gli ordinamenti a partire da uno stesso punto di considerazione. L'unità del punto di vista della conoscenza esige imperiosamente una concezione monistica”⁹². Secondo la visione dualista, il diritto internazionale non può dispiegare effetti all'interno dell'ordinamento se non in forza di un'apposita ricezione della norma internazionale da parte di un atto normativo interno, un

⁹⁰ Sul ruolo delle Corti S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, in particolare il saggio introduttivo dell'Autore.

⁹¹ Sulla problematica dell'adattamento nel modello monista, in particolare A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milano, 1967, p. 22.

⁹² Cfr. H. Kelsen, *Il problema della sovranità...*, op. cit., p. 180.

assunto, questo, duramente criticato dal Kelsen, il quale precisa che se così fosse si negherebbe l'autonoma vigenza del diritto internazionale.

Tralasciando le critiche rivolte alle costruzioni dualiste, sulle quali si tornerà successivamente, sembra necessario esaminare le soluzioni prospettate dalla scuola di Vienna relativamente alla questione dell'adattamento. Kelsen ammette la necessità di integrare il diritto internazionale, ovvero sostiene che esso debba essere integrato sul piano normativo da un punto di vista soggettivo, quindi in riferimento all'individuazione dei soggetti titolari del diritto o tenuti ad adempiere all'obbligo imposto, ma, nella sua visione, tale meccanismo è riconducibile esclusivamente alle dinamiche giuridiche tipiche della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico. In altre parole, tale processo è riconducibile esclusivamente al rapporto di delegazione tra diritto internazionale ed interno, il quale provvede ad integrarne il contenuto⁹³. Dunque, la determinazione dell'elemento personale da parte del diritto interno, lungi dal realizzare una trasformazione del diritto internazionale in diritto interno, costituisce una fase dell'unico procedimento di creazione del diritto all'interno di un unico ordinamento.

Tuttavia, le questioni problematiche non si esauriscono nell'esclusione dell'esistenza di qualsiasi forma di adattamento, poiché un potenziale momento di rottura delle teorie kelseniane potrebbe derivare dalla imposizione del diritto positivo di procedere alla trasformazione in diritto interno, atteso che tra la formazione del diritto internazionale e la sua effettiva entrata in vigore vi è un ulteriore adempimento, quello della ricezione del diritto internazionale da parte del diritto statale, da sempre rifiutato dal Kelsen e, al contrario, considerato imprescindibile nelle teorie dualiste.

La questione, tuttavia, viene sminuita dal Kelsen, il quale precisa che si tratta di situazioni occasionali, non di regole, ma di eccezioni che, peraltro, non scardinano il modello, mettendo, più semplicemente in luce, la necessità di un ulteriore passaggio nel processo normativo, senza che ciò rappresenti una rottura delle regole generali che governano il modello⁹⁴.

È necessario, però, precisare che l'onere della trasformazione è, in realtà, una rottura del modello monista, poiché allorquando tale trasformazione non è richiesta, il diritto internazionale sembra realmente avere forza propria, ma tale affermazione viene messa in discussione nel caso in cui sia necessaria la mediazione di un atto interno al fine di rendere effettivamente vigente nei confini statali la norma prodotta dall'ordinamento

⁹³ *Ibidem*, p. 193 e ss.

⁹⁴ Cfr. H. KELSEN, *Il problema della sovranità...*, *op. cit.*, pp. 198 e ss.

internazionale. È innegabile, in effetti, che il postulato dell'unità venga messo in crisi da tale mediazione dell'atto normativo statale, poiché esso persegue il fine di rendere applicabile la norma internazionale e ciò induce a credere che essa non abbia la capacità di dispiegare effetti e vigere per forza propria, ma esclusivamente in virtù della novazione della fonte⁹⁵.

Malgrado tale sforzo, è innegabile che tali assunti incidano nettamente sulla tenuta del modello monista e che contribuiscano ad avvicinare le teorie dualiste e moniste, poiché anche per queste ultime si apre uno spiraglio al concetto di adattamento. Tale procedimento viene, però, inteso in maniera differente, atteso che la relazione tra norma internazionale e norma interna è, ancora una volta, riconducibile alla relazione gerarchico-formale, tipica della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico. Nella visione kelseniana, in effetti, è il diritto internazionale che delega al diritto interno il compito di specificare una data norma al fine di renderla attuabile, superponendosi gerarchicamente rispetto ad esso. Ciò induce a credere che eventuali conflitti normativi debbano risolversi attraverso i consueti metodi di risoluzione delle antinomie tra norme di grado diverso, finalizzati a garantire l'unità dell'ordinamento giuridico⁹⁶.

In effetti, il tentativo di risoluzione delle antinomie normative viene ricondotto all'unità dell'ordinamento giuridico, la quale rischia di essere pregiudicata in assenza di procedimenti volti a garantire l'eliminazione della norma configgente con quella di grado superiore. Da qui la riflessione kelseniana sulla giustizia costituzionale, il cui snodo fondamentale risiede nella necessità di istituire un organo *ad hoc*, capace di assolvere a tale funzione, eliminando la contraddizione tra norme, garantendo, in tal modo, l'unità dell'ordinamento giuridico. Nella visione kelseniana, la norma inferiore in contrasto con la norma gerarchicamente superiore è valida e dispiega effetti nell'ordinamento, trattandosi di una norma annullabile e non nulla⁹⁷. In tal modo, la giustizia costituzionale diviene una "corrispondenza tra un grado inferiore e un grado superiore dell'ordinamento giuridico"⁹⁸; tuttavia, Kelsen sembra non dare risposta ad un problema rilevante, poiché se la giustizia costituzionale persegue il fine di garantire la rigidità della Costituzione e l'unità

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 201 e ss.

⁹⁶ Nell'ampia bibliografia, in particolare L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, *op. cit.*, pp. 22 e ss.

⁹⁷ Peraltro, il giudizio di validità è posto nelle mani dell'organo specializzato, un modello di giustizia costituzionale che il Kelsen è chiamato a tradurre in pratica, per la prima volta, nella Costituzione austriaca del 1920. Sul controllo accentrato di costituzionalità e, in particolare, sul prototipo elaborato dal Kelsen, si vedano i saggi redatti dall'Autore viennese, raccolti nel volume C. GERACI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 148.

dell'ordinamento giuridico, lascia aperta la questione relativa alla collocazione dei Trattati internazionali all'interno della sistematica delle fonti del diritto. In altre parole, si scorge un limite nel pensiero kelseniano, poiché appare, a tal punto, assai complicato conciliare l'ipotesi del primato del diritto internazionale con il concetto di Costituzione rigida, intesa, in tal caso, come norma sulla normazione e fonte sulle fonti.

Kelsen non sembra aver dubbi sulla superiorità del Trattato rispetto alla legge ordinaria e, dunque, sulla violazione indiretta della Costituzione da parte di una norma contrastante con il diritto internazionale, poiché il Testo fondamentale “autorizzando taluni organi a stipulare trattati internazionali, fa di questi un modo di formazione della volontà dello Stato, sicché – in conformità con la nozione di trattato che ha fatto propria – ne esclude l'abrogazione o la modifica mediante legge ordinaria”⁹⁹. Una simile affermazione induce a porsi un'ulteriore domanda, poiché se Kelsen si limita a parlare di legge ordinaria, sembrerebbe ammettere, tacitamente, la possibilità di adottare norme costituzionali in contrasto con gli obblighi internazionali. Il dubbio, tuttavia, viene fugato dallo studioso viennese, allorché afferma che per evitare tale eventualità appare necessario, ancora una volta, porsi dal punto di vista del primato del diritto internazionale, poiché solo in tal modo si può comprendere che esso è superiore e lo Stato, la sua Costituzione, non sono che una parte di tale ordinamento.

La problematica, tuttavia, non trova risoluzione neanche in tali affermazioni, mettendo in luce il negativo impatto del concetto di Costituzione rigida sulla tenuta delle concezioni moniste. In effetti, un'analisi attenta induce, a tal punto, a domandarsi a chi è concesso il potere di sindacare la violazione del diritto internazionale. Kelsen ritiene che tale competenza spetti al giudice costituzionale, poiché esso si muove sul terreno della Costituzione¹⁰⁰, dunque della giustizia costituzionale. Tuttavia, ciò significherebbe che è la Costituzione ad imporre al legislatore il rispetto del diritto internazionale, arrecando un pregiudizio insanabile al concetto del primato del diritto internazionale. In altre parole, non soltanto il diritto prodotto oltre i confini dello Stato necessita, in taluni casi, di una novazione della fonte per dispiegare effetti rivelandosi altresì necessario un suo recepimento costituzionale, poiché se non vi fosse, il giudice costituzionale non disporrebbe di alcun parametro per sindacare la violazione del diritto internazionale. Affermazioni, queste, che scardinano il modello monista, lo rendono non aderente alla realtà, poiché se è la Costituzione a recepire a monte il diritto internazionale o, se si vuole,

⁹⁹ *Ibidem*, p. 185.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

ad aprirgli la strada nell'ordinamento interno, non appare convincente il concetto di struttura a gradini dell'ordinamento se si assume che al vertice debba necessariamente porsi quel postulato indimostrabile che risiede oltre i confini dello Stato e fa di esso una parte dell'ordinamento internazionale. Se così fosse, la necessità del riconoscimento costituzionale non sussisterebbe e, di conseguenza, il potere di sindacare la violazione del diritto internazionale non potrebbe essere posto nelle mani della giustizia costituzionale interna.

Dunque, la tensione, o meglio, la netta contraddizione tra struttura a gradi dell'ordinamento e rigidità della Costituzione, intesa come garanzia della gerarchia normativa, emerge in maniera dirompente allorquando il Kelsen si dedica allo studio della giustizia costituzionale, poiché è esso stesso a smentire le premesse metodologiche della dottrina pura. È chiaro, dunque, che il concetto di unità non può essere posto *a priori* o a prescindere, esso deve, necessariamente, essere inteso come integrazione di unità diverse.

5. La separazione tra ordinamenti giuridici: la prospettiva dualista

Nell'esaminare la ricostruzione relativa al rapporto tra ordinamenti, è necessario tornare indietro di qualche decennio, poiché essa precede le tesi moniste, le quali, come si accennava, nascono con il fine di contrapporsi all'ideologia dualista, non accogliendo la visione da essa prospettata nell'esame del rapporto tra ordinamenti.

Si tratta di una corrente di pensiero affermatasi nel periodo compreso tra il XIX ed il XX secolo, con il principale obiettivo di smentire le tesi giusnaturaliste ed evitare, peraltro, che il positivismo determinasse la riduzione del diritto internazionale a diritto pubblico esterno¹⁰¹, basandosi, com'è noto, sulla centralità dello Stato e del suo diritto. In

effetti, il rapporto tra positivismo giuridico e dualismo appare assai complesso, poiché tale speculazione filosofica tende ad accogliere gli assunti fondamentali del positivismo, rifiutando, tuttavia, le visioni più radicali¹⁰², basate sulla nota definizione hegeliana di diritto internazionale quale “diritto statale esterno”¹⁰³, dunque, un mero complesso di norme attraverso le quali lo Stato disciplina i propri rapporti internazionali.

Il dilemma dei dualisti è, dunque, quello di conciliare l’opzione statualista, tipica del positivismo giuridico, con la volontà di ammettere l’autonomia dell’ordinamento internazionale e del suo diritto, accettando un temperamento della sovranità statale, dovuto al riconoscimento dell’efficacia vincolante del diritto internazionale, facendola, tuttavia, tornare centrale nella fase di analisi dei rapporti interordinamentali.

Punto di partenza delle teorie dualiste è, senz’altro, la centralità dello Stato e della sua personalità giuridica, poiché essa si traduce direttamente in un volere dello Stato di autolimitarsi¹⁰⁴. In effetti, la personalità giuridica dello Stato è presupposto essenziale per la capacità dell’ordinamento nazionale di manifestare la propria volontà di obbligarsi con altri Stati.

Fatte tali premesse, è necessario soffermarsi in maniera più dettagliata sulla costruzione dualista, partendo dal concetto di norma giuridica, poiché in esso è contenuto il punto cardine dell’intero pensiero. In tal senso, i rapporti giuridici sono intesi come rapporti di umana convivenza regolati giuridicamente¹⁰⁵. La differenza sostanziale delle molteplici norme giuridiche esistenti consiste, in primo luogo, nella diversità dei diritti e degli obblighi a cui esse danno vita, tuttavia, può anche consistere nella diversità dei

¹⁰¹ In particolare D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1964; H. TRIEPEL, *Diritto internazionale e diritto interno*, Torino, 1913.

¹⁰² Il positivismo giuridico tende a negare in maniera particolarmente netta l’autonomia del diritto internazionale, riconoscendo come diritto solo quello prodotto all’interno dello Stato. A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, op. cit.; F. MODUGNO, *Legge, Ordinamento giuridico e pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, op. cit.

¹⁰³ Cfr. G. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma- Bari, 2004. Proprio in tale opera, Hegel mette in luce il concetto di individualità degli Stati, parlando di un diritto statale esterno, attraverso il quale essi disciplinano i loro rapporti. In particolare pp. 330 e ss. Si tratta di un pensiero condiviso dal Jellinek, per il quale i Trattati internazionali sono vincolanti nella misura in cui lo Stato sceglie volontariamente di autolimitarsi sul piano esterno, ammettendo la possibilità per l’ordinamento nazionale di sciogliersi dai vincoli internazionali.

¹⁰⁴ Questo legame tra personalità statale e costruzione di una Comunità internazionale fondata su Stati eguali è messo in luce da C. PINELLI, *Il momento della scrittura*, Bologna, 2002, allorché l’Autore sostiene che “Non un qualsiasi modello di stato, ma un modello di stato “ermetico” poteva garantire l’uguaglianza formale fra soggetti sovrani e la tenuta di un diritto internazionale fondato sulla loro mera coesistenza: come coesistono le palle tutte uguali del biliardo, che possono solo toccarsi dall’esterno, rimanendo opache all’interno, e in questo senso reciprocamente indifferenti”, p. 130.

¹⁰⁵ “ogni norma di diritto è destinata a disciplinare rapporti della vita sociale. La norma giuridica regola tali relazioni”, attribuendo ad un soggetto delle facoltà ed imponendo ad un altro l’obbligo corrispondente. H. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, op. cit, p. 13.

destinatari. “Se pertanto diritto internazionale e diritto interno sono due ordinamenti giuridici di contenuto differente, questa differenza può consistere o nella diversità, per così dire, degli indirizzi cui sono destinate le singole norme, ovvero, in caso di indirizzo uguale, nella diversità delle relazioni che esse disciplinano”¹⁰⁶.

In tale visione appare chiaro che i due diritti devono essere tenuti distinti, non potendosi mai considerare come parti di un unico processo normativo¹⁰⁷. Il punto di partenza o, se si vuole, il punto d’osservazione privilegiato è il diritto statale, ovvero le norme prodotte all’interno di un ordinamento al fine di disciplinare le relazioni tra soggetti che considera assoggettati alla sua autorità e norme disciplinanti il rapporto che tali soggetti intrattengono con lo Stato stesso. In tal senso, se ammettiamo che esiste una Comunità internazionale, di cui sono membri gli Stati, ammettiamo, al contempo, che diritto internazionale e diritto interno nascono da fonti differenti, per cui non possono non avere contenuto diverso. Il diritto internazionale viene, dunque, visto come quel diritto che regola rapporti reciproci di una pluralità di Stati in condizione di parità¹⁰⁸.

Secondo tale visione, il naturale svolgimento delle aggregazioni umane determina la nascita di gruppi sociali stanziati stabilmente su un territorio e soggetti all’autorità di un potere unitario; “a questi gruppi diamo il nome di Stati”¹⁰⁹. Tali gruppi sociali, in virtù della comunanza di interessi, tendono a vivere non in maniera isolata, ma ad intrattenere rapporti tra di loro, dando vita alla Comunità internazionale, “un sistema regolatore della società di Stati”¹¹⁰.

La fonte da cui tale diritto discende è, al pari del diritto interno, una volontà¹¹¹, la quale, tuttavia, è ben distinta da quella che crea diritto all’interno dell’ordinamento statale,

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 14.

¹⁰⁷ È nota ed è stata già richiamata la critica al dualismo da parte di Kelsen, il quale sostiene, in primo luogo, che “non è possibile un dualismo nel senso di riconoscere tutti e due validi gli ordinamenti a partire da uno stesso punto di considerazione”. Il Kelsen, peraltro, critica tale costruzione ritenendo che “non è tuttavia possibile parlare seriamente di una differenza dell’oggetto normativo nel diritto statale e nel diritto internazionale. Non solo il contenuto di entrambi gli ordinamenti è costituito da comportamenti umani, ma non si può nemmeno affermare che quelli che formano l’oggetto dei due ordinamenti siano zone del comportamento umano differenti dal principio e senza possibilità di incrociarsi tra loro... Il modo di vedere sostenuto dalla teoria giuridica e secondo cui diritto statale e diritto internazionale regolano materie differenti, riposa su un groviglio di errori.” H. KELSEN, *Il problema della sovranità... op. cit.*, pp. 180 e ss.

¹⁰⁸ La teoria dualista esclude che il diritto internazionale possa rivolgersi direttamente ai singoli soggetti e, anche per tale ragione, è stata particolarmente criticata. “La proposizione secondo cui il diritto internazionale vincolerebbe solo gli Stati, e quella secondo cui si tratterebbe di un ordinamento del tutto diverso e indipendente dagli ordinamenti giuridici parziali perché derivato da una fonte diversa, si trovano in reciproco contrasto logico”. H. KELSEN, *Il problema della sovranità... op. cit.*, p. 192.

¹⁰⁹ Cfr. D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1964, p. 39.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 41.

¹¹¹ Tale concetto è stato criticato dalla costruzione monista, in particolare dal Kelsen, il quale, adottando la dottrina pura del diritto, sostiene che “La proposizione la fonte del diritto è la volontà statale è una constatazione irrilevante e per di più errata” H. KELSEN, *Il problema della sovranità... op. cit.*, p. 199.

poiché la volontà di un singolo Stato non può considerarsi quale diritto internazionale, ma è necessaria una volontà collettiva che “risulti dall’unione delle singole volontà statuali”¹¹². Dunque, è fonte del diritto internazionale la comune volontà di due o più Stati, ridotta ad unità mediante il consenso, di vincolarsi reciprocamente attraverso un Trattato¹¹³. Tuttavia, è necessario sottolineare che alla base di tali norme, le quali nascono dalla volontà degli Stati di autolimitarsi, vi è un principio cardine che determina la forza obbligatoria degli accordi conclusi, il principio *pacta sunt servanda*.

La teoria dualista, al pari di quella monista, ritiene che il diritto interno riposi su una norma superiore che legittima le altre norme dell’ordinamento, garantendo l’unità; tuttavia tale schema, nella visione in esame, non è ascrivibile, altresì, all’ordinamento internazionale, la cui norma superiore è rintracciabile proprio nel principio *pacta sunt servanda*¹¹⁴. Seguendo tale percorso, si arriva a concludere che il diritto internazionale è, senza dubbio, un diritto autonomo, ma presuppone lo Stato, la volontà che esso ha di obbligarsi e di autolimitarsi e tale diritto è superiore nella misura in cui pone un limite preciso alla potestà statale¹¹⁵.

Il diritto internazionale si costituisce, dunque, mediante accordi fra Stati, i quali traggono il valore obbligatorio proprio dal principio *pacta sunt servanda*; tali accordi risultano, generalmente, da dichiarazioni esplicite di osservare delle norme o dal fatto stesso di osservarle come norme obbligatorie. La dichiarazione esplicita assume, di solito, la forma del Trattato internazionale, mentre la tacita dichiarazione prende il nome di consuetudine, la quale, al contrario della dichiarazione esplicita vede gli Stati tenere un certo comportamento reiterato, nella convinzione che si stia osservando una norma giuridica. In altre parole, gli Stati sono persuasi di essere obbligati a comportarsi in quel determinato modo, per cui, dal punto di vista normativo, anche in tal caso il principio su cui riposa la consuetudine è *pacta sunt servanda*.

¹¹² Cfr. H. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, op. cit., p. 34.

¹¹³ Triepel parla, in effetti, del Trattato come fonte suprema del diritto internazionale, sostenendo che esso sia una particolare forma di contratto, diverso da quello tipico del diritto privato per la natura dei soggetti e per la specialità delle disposizioni, ma l’essenza sembra essere la medesima. Il contratto, in effetti, serve a realizzare la concorde volontà delle parti, così come nel caso del Trattato. Questo è, dunque, mezzo di formazione del diritto internazionale positivo, a cui si contrappone quello naturale, il quale non dipende dalla volontà umana. Anzilotti definisce i Trattati come atti degli Stati nel campo delle relazioni internazionali, da cui risulti la loro comune volontà di comportarsi reciprocamente e obbligatoriamente in un dato modo. Sul punto, in particolare C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività*, op. cit.

¹¹⁴ Cfr. D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, op. cit., p. 45.

¹¹⁵ Si tratta della tesi dell’Anzilotti e del Triepel, secondo i quali il diritto internazionale può considerarsi autonomo, ma necessita degli Stati, poiché “la norma- base da cui emana ogni ordinamento giuridico interno ha in se stessa, originaria e non derivata, la *vis obligandi*”. D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, op. cit., p. 53.

L'autonomia del diritto internazionale si evince, in particolar modo, dall'assunto secondo il quale le norme internazionali non possono essere modificate o abrogate se non per volontà di tutti gli Stati che le hanno create, divenendo un limite giuridico alla libertà dello Stato¹¹⁶.

Sembra, dunque, fuori da ogni dubbio il fatto che le tesi dualiste accolgano la tesi volontaristica come unica possibile spiegazione del diritto internazionale, il che appare con particolare evidenza nel momento in cui si afferma che le volontà degli Stati si incontrano e si fondono in un'unica volontà giuridicamente rilevante, dalla quale nasce il Trattato internazionale, il quale si configura come "accordo di volontà"¹¹⁷ e, dunque, vincola soltanto gli Stati che tale volontà hanno manifestato.

Ne deriva, dunque, che una simile volontà, per essere capace di imporsi, di divenire fonte del diritto¹¹⁸, deve necessariamente divenire volontà comune, poiché solo in tal modo essa potrà essere fonte che regola i rapporti senza perciò divenire fonte statale. In tal senso, la volontà degli Stati assume un ruolo centrale nella stessa fondazione dell'ordinamento internazionale, ma appare, altresì, assai problematico rintracciare la giuridicità del diritto internazionale nella volontà, poiché non sembra essere chiaro se tale volontà debba intendersi quale *summa* delle singole volontà, ovvero se essa sia una autonoma dimensione istituzionale. Appare evidente, soprattutto allorquando ci si pongono tali interrogativi, quella particolare tensione, tipica della costruzione dualista, tra l'irrinunciabilità della sovranità internazionale e l'autonomia del diritto internazionale. La volontà comune degli Stati, vista come incontro di più volontà singole dirette a porre norme di condotta, riesce nel duplice scopo di mantenere intatta la sovranità statale, poiché la singola volontà dello Stato mantiene intatta la sua capacità di formazione, ma, al contempo, riesce a fondare norme capaci di imporsi alla stessa volontà comune che ha dato vita ad esse, determinando l'indipendenza del diritto internazionale¹¹⁹.

Tale ricostruzione, per quanto approfondita, non appare, tuttavia, sufficiente, poiché il dualismo resta prigioniero dell'assunto di base. In altre parole, la volontà singola muta, si

¹¹⁶ Cfr. D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, op. cit., p. 53.

¹¹⁷ Già lo stesso Pernice definiva in tal modo il Trattato internazionale, sostenendo che se anche vi sono volontà dissimili, esse si completano a vicenda. La definizione è richiamata da H. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, op. cit., p. 40.

¹¹⁸ Cfr. H. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, op. cit., p. 31. "alla volontà, appunto, il contenuto costituisce la norma giuridica, che è la sorgente da cui essa sgorga, io riservo il nome di fonte del diritto".

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 88, in cui l'Autore afferma che "la forza obbligatoria che la volontà comune esplica rispetto alle volontà particolari dipende principalmente dal fatto che la volontà particolare, avendo contribuito alla formazione della prima, non si vede di fronte ad una volontà del tutto estranea; ma è anche vero che ciò che nella norma di diritto internazionale vincola lo Stato singolo non è la pura e semplice volontà propria".

somma alle altre, diviene norma giuridica, alla quale lo Stato si sente vincolato perché ha contribuito a crearla, ma proprio in questo risiede l'errore dei dualisti, poiché ciò pregiudica inevitabilmente il concetto di autonomia del diritto internazionale.

Dunque, se tali assunti sono validi, si può affermare che il diritto internazionale ed il diritto interno sono due branche distinte del diritto, ma sono anche due ordinamenti giuridici differenti, “sono due circoli che al più si toccano, ma non si intersecano mai”¹²⁰. L'ordinamento statale rispetto a quello internazionale è del tutto autonomo e distinto, indipendente e separato, poiché ognuno ha un proprio fondamento di validità e ciò implica che in ognuno sono giuridiche esclusivamente le norme proprie, essendo quelle degli altri ordinamenti dei puri fatti. La distinzione si fonda, in primo luogo, sulla distinzione delle fonti, per lo Stato è la sua volontà, per l'ordinamento internazionale è la volontà degli Stati.

Gli stessi soggetti a cui le norme si rivolgono sono diversi, poiché il diritto interno si rivolge agli individui, quello internazionale solo agli Stati. Il regime di separazione appare particolarmente evidente allorché i dualisti ammettono la possibilità di antinomie normative tra i due diritti¹²¹, non risolvibili attraverso il criterio della prevalenza di una norma sull'altra¹²². In effetti, “se una norma interna prescriva cosa contraria ai doveri internazionali dello Stato... questa circostanza non influisce minimamente sull'efficacia obbligatoria della legge nell'ordine interno”¹²³; tuttavia non è mai ammissibile che uno Stato invochi una norma interna in contrasto per esimersi dagli obblighi internazionali.

Proprio in virtù di tale netta separazione, è necessaria la novazione della fonte affinché la norma internazionale possa produrre effetti nell'ordinamento interno e ciò significa che, in questa visione, la “ricezione” del diritto internazionale da parte del diritto

¹²⁰ Cfr. H. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, *op. cit.*, p. 111.

¹²¹ Un assunto oggetto di dure critiche da parte del Kelsen, il quale sostiene che “l'argomentazione tipica... continua a dipanarsi nel senso di sostenere che l'atto normativo è sì contrario al diritto internazionale, ma la norma posta è valida perché la validità delle norme nell'ordinamento giuridico statale è indipendente da quello del diritto internazionale, ci troviamo allora di fronte a una contraddizione, in quanto, mentre rispetto all'atto normativo si sostiene un punto di vista monistico- altrimenti non sarebbe possibile raffigurarsi una obbligazione dello Stato- riguardo alla norma posta si sostiene invece un punto di vista dualistico... In altre parole: solo se ci si attiene unicamente al diritto statale e si prescinde dalla validità del diritto internazionale, la norma giuridica statale può essere valida, mentre dal punto di vista del diritto internazionale essa lo contraddice, viola la delegazione del diritto internazionale ed è quindi sia contraria al diritto internazionale sia, dal punto di vista di quel diritto, nulla”. H. KELSEN, *Il problema della sovranità... op. cit.*, p. 216.

¹²² Cfr. R. QUADRI, *Diritto internazionale...*, *op. cit.*, p. 44.

¹²³ Cfr. D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale, op. cit.*, p. 56. In virtù della teoria della separazione degli ordinamenti giuridici, osserva Anzilotti, e, in particolare, grazie alla tecnica dell'interpretazione conforme della norma interna al diritto internazionale, le antinomie normative tendono a ridursi, ma non a scomparire del tutto. L'Autore, come, peraltro, lo stesso Triepel aveva già messo in luce, sostiene che tali contrasti tra norme non possono risolversi secondo il criterio gerarchico, poiché non vi è un ordinamento superiore all'altro, ma due ordinamenti che, al più, possono trovare un coordinamento.

interno è un passaggio obbligato, al contrario di ciò che ritiene il monismo. Il concetto di ricezione, in effetti, come si dirà meglio, è tra quelli che più mettono in luce la contrapposizione, la netta distanza tra le due teorie, poiché se da un lato essa è considerata indispensabile, dall'altro, la novazione della fonte diviene un momento di rottura dell'intera costruzione teorica.

Nel dualismo il concetto di recepimento è uno dei concetti cardine, poiché solo attraverso la novazione della fonte una norma inizia a produrre effetti in un ordinamento differente da quello in cui si è perfezionata, ovvero essa diventa giuridica in quel dato ordinamento.

Altro elemento che tende ad evidenziare l'antitesi tra le teorie è quello relativo ai soggetti di diritto internazionale, poiché, nelle teorie moniste, gli individui sono riconosciuti come destinatari delle norme prodotte all'esterno dell'ordinamento statale¹²⁴. Tale concezione discende dall'assunto di base delle teorie in questione, poiché se gli ordinamenti non sono scollegati, ma sono tutti parte di un medesimo ordinamento, è chiaro che le norme prodotte all'esterno hanno lo stesso valore di quelle prodotte all'interno dell'ordinamento statale, essendo questo una parte dell'ordinamento internazionale. Le teorie dualiste, al contrario, ritengono che le affermazioni secondo cui i Trattati hanno il medesimo valore della legge sono errate e pericolose, poiché il Trattato non può far sorgere diritto interno in maniera diretta, può soltanto fornire l'occasione per crearlo, ma in nessun caso esso può creare diritti e doveri tra cittadini, poiché a tale compito può assolvere solo una legge dello Stato.

Tuttavia, è soprattutto in relazione alle problematiche legate all'adattamento del diritto interno al diritto internazionale che le costruzioni dualistiche palesano i loro limiti, derivanti, in particolare, dall'origine statualista poiché è in quest'ambito che emerge una separazione rigida, che, inevitabilmente, appare orientata a salvaguardare il dogma della sovranità.

6. Il meccanismo di adattamento al diritto internazionale nel modello dualista

Il punto di partenza di un'analisi incentrata sui meccanismi di adattamento¹²⁵ del diritto interno al diritto internazionale in una prospettiva dualista è, senza dubbio, il

¹²⁴ Cfr. R. QUADRI, *Diritto internazionale...*, op. cit., pp. 44 e ss.

¹²⁵ Cfr. E. CANNIZZARO, voce *Trattato internazionale (adattamento al)*, in *Enciclopedia del Diritto* XLIV, Milano, 1992. L'Autore mette in luce che il concetto di adattamento si sviluppa insieme alle dottrine dualiste,

concetto della separazione degli ordinamenti giuridici, al più visti come coordinati, ma indipendenti fra loro, poiché essi sono “sono due circoli che al più si toccano, ma non si intersecano mai”¹²⁶. Tali assunti inducono a sostenere che il diritto internazionale sia autonomo, poiché discendente da una fonte autonoma, la volontà collettiva degli Stati; tuttavia è altrettanto vero che i condizionamenti statalistici finiscono per pregiudicare significativamente l'autonomia del diritto internazionale, sacrificandola al fine di preservare la sovranità dello Stato. In effetti, la separazione tra ordinamenti giuridici ha come prima e più importante conseguenza quella di privare il diritto internazionale della capacità di produrre direttamente effetti giuridici nell'ordinamento dello Stato, dunque della capacità di modificare l'ordinamento interno senza che questo intervenga con norme proprie¹²⁷. La separazione tra ordinamenti impedisce questo rapporto diretto e rende, dunque, necessario l'adattamento del diritto interno a quello internazionale¹²⁸ ed è in tal senso che si può ben definire l'adattamento come condizione necessaria di efficacia nell'ordinamento interno di una norma perfezionatasi in ambito internazionale.

L'impermeabilità dei due sistemi, dunque la loro separazione, ha un impatto notevole sull'adattamento, ovvero sui meccanismi atti a garantire l'efficacia interna del diritto internazionale, poiché l'attenzione viene spostata sul piano della produzione normativa. Questa diviene, in effetti, conseguenza logica della separazione, atteso che la fonte internazionale deve necessariamente essere integrata da una fonte statale, riconducibile alla volontà dell'ordinamento nazionale, la sola in grado di vincolare i cittadini di quello Stato. Si tratta, dunque, della “teoria della trasformazione”¹²⁹, secondo la quale diritto interno e diritto internazionale non hanno né lo stesso contenuto né gli stessi destinatari, per cui diviene necessario trasformare la norma di diritto internazionale in diritto interno. In altre parole, secondo i dualisti è necessario emanare una norma interna che “imponga agli individui ciò che il diritto internazionale impone agli Stati di imporre

poiché esse si basano sull'assunto dell'autonomia tra ordinamento interno ed ordinamento internazionale, evidenziando la necessità di un atto interno attuativo del diritto internazionale. R. QUADRI, *Diritto internazionale...*, op. cit., p. 59, il quale definisce l'adattamento come la produzione normativa interna che consente allo Stato di agire in modo conforme al diritto internazionale, perciò si potrebbe anche parlare di “armonizzazione”.

¹²⁶ Cfr. H. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, op. cit., p. 111.

¹²⁷ Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale...*, op. cit. pp. 275 e ss.; A. SINAGRA, P. BARGIACCHI (a cura di), *Diritto internazionale pubblico*, op. cit., pp. 224 e ss.

¹²⁸ Cfr. R. QUADRI, *Diritto...*, op. cit., p. 59, secondo il quale “Perché gli organi giudiziari ed esecutivi possano far agire lo Stato conformemente al diritto internazionale, bisogna che norme interne siano create a questo scopo. La produzione delle norme interne che rendono possibile allo Stato di far agire i suoi organi alla maniera voluta dal diritto internazionale è correntemente chiamata adattamento del diritto interno al diritto internazionale”.

¹²⁹ È la teoria accolta dai dualisti, più nota come *Transformationstheorie*.

agli individui”¹³⁰. In tal senso, è difficile parlare di trasformazione, dal momento che si tratta di dar vita ad una norma interna che si affianchi a quella di diritto internazionale. A ben vedere e, malgrado i termini utilizzati dai teorici del dualismo, lo Stato non trasforma la norma internazionale in norma interna, poiché la prima continua a vivere di vita propria; si tratta, piuttosto, di “dar vita, accanto alla situazione di diritto internazionale, ad una situazione di diritto interno”¹³¹.

Secondo tale visione, i due ordinamenti sono distinti, impermeabili ed atti a disciplinare rapporti differenti, dal momento che il diritto internazionale si differenzia da quello interno “appunto per la diversa natura dei rapporti che regola (...), presupposto che sgorgino da fonti diverse non possono non avere contenuto diverso”¹³². Tale distinzione, tuttavia, ha una conseguenza relativa alla soggettività dell’individuo nell’ordinamento internazionale, poiché essa viene rifiutata, al contrario di ciò che avviene nelle tesi moniste. Ne deriva che la titolarità da parte di un individuo di diritti ed obblighi di fonte internazionale “non può essere effetto che di una norma di diritto interno, la quale senza dubbio deve essere strettamente connessa con una norma di diritto internazionale”¹³³. La novazione della fonte diviene, dunque, un elemento imprescindibile nell’ottica dualista e poco importa se si tratta di una norma identica a quella perfezionata nell’ordinamento internazionale, poiché essa persegue un fine fondamentale, rendere eseguibile il diritto internazionale nell’ordinamento interno¹³⁴.

¹³⁰ Cfr. R. QUADRI, *Diritto internazionale...*, *op. cit.*, p. 59.

¹³¹ *Ibidem*, p. 60.

¹³² Cfr. H. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, *op. cit.*, p. 21.

¹³³ *Ibidem*, p. 22. L’Autore prosegue sostenendo che non può e non deve trarre in inganno la formulazione di alcune convenzioni internazionali, spesso direttamente rivolte ai sudditi, ai quali conferiscono diritti o impongono obblighi; ciò non impedisce di affermare che esse restano dirette esclusivamente agli Stati contraenti e non anche ai loro cittadini, poiché tali diritti e tali obblighi possono sussistere per i cittadini solo nella misura in cui essi sono recepiti da normativa interna. Quest’ultima è, appunto, la norma di adattamento al diritto internazionale, la quale assolve alla funzione di adattare l’ordinamento interno al diritto internazionale ed assolvere agli obblighi che lo Stato ha assunto. Dunque, la norma attuativa comporta un’integrazione della fonte e del contenuto, poiché solo così si può garantire l’efficacia e l’applicabilità della norma contenuta nella fonte internazionale.

¹³⁴ Com’è noto, la dottrina più recente criticherà duramente il meccanismo di adattamento tramite novazione della fonte, sostenendo che, in tal modo, non emerge affatto la specialità della norma in questione, la quale verrà “trattata” all’interno dell’ordinamento nazionale come una norma da esso prodotta e, per tale ragione, potrebbe addirittura corrersi il rischio di un’abrogazione o di una modifica da parte di una norma interna successiva. Per tale ragione, la dottrina internazionalista ha sottolineato la necessità di introdurre dei procedimenti speciali per l’adattamento, dall’ordine di esecuzione al dispositivo automatico, al fine di mettere in luce la specialità della legge a cui l’ordinamento si conforma, la quale, nel procedimento di adattamento per novazione della fonte, si distingue solo per l’*occasio legis* e ciò risulta insufficiente a mettere in luce il suo carattere, la sua inabrogabilità e immutabilità con atto unilaterale. Nell’ampia trattazione, almeno E. CANNIZZARO, voce *Trattato internazionale (adattamento al)*, *cit.*; A. D’ATENA, voce *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Tomo I, Roma, 1998; R. QUADRI, *Diritto internazionale*, *cit.*; E. CANNIZZARO, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, 1991.

Le teorie dualiste, in effetti, ritengono indispensabile il meccanismo dell'adattamento, poiché distinguono, al contrario dei monisti, la validità interna ed internazionale del Trattato, mettendo in luce che la validità internazionale non corrisponde alla validità interna, atteso che questa si perfeziona soltanto con un atto interno di recepimento¹³⁵. Ciò comporta che la pubblicazione del Trattato non implichi la produzione di effetti all'interno dell'ordinamento nazionale, poiché la sua validità è strettamente legata alla volontà statale, la quale si manifesta con il recepimento della fonte internazionale.

La soluzione di continuità tra i due ordinamenti, tuttavia, non scompare, poiché il diritto internazionale vincola lo Stato ed i suoi organi, ma lo fa attraverso la mediazione di una norma interna, la quale mette in luce non soltanto il permanere della separazione, ma soprattutto, la centralità del diritto statale nella visione dualista.

La rigida separazione prospettata dai dualisti ha delle implicazioni notevoli sulla sistematica delle fonti del diritto, poiché, in primo luogo, l'assoluta impermeabilità tra i due ordinamenti esclude che il dovere imposto ai cittadini di osservare il diritto interno possa essere pregiudicato da una eventuale osservanza di norme internazionali, atteso che i rapporti interindividuali sfuggono all'ambito materiale del diritto internazionale, non potendo essere "in nessun modo retti da norme di diritto internazionale"¹³⁶.

Se, dunque, sono diversi i rapporti disciplinati, diversi saranno anche i soggetti dei due ordinamenti con conseguente irrilevanza della conformità al diritto internazionale al fine di valutare l'obbligatorietà della norma interna. La scuola dualista ammette, in effetti, le antinomie normative, ciò che, al contrario, la corrente monista riteneva una disfunzione. Nella concezione dualista, tale elemento diventa del tutto irrilevante, poiché la rigida separazione fa sì che venga qualificato come marginale il problema dell'attinenza del diritto interno al diritto internazionale. Tale assunto discende, chiaramente, da uno dei baluardi della teoria dualista, la sovranità statale, che viene, in tal modo, preservata, mettendo in luce che l'applicazione interna di norme contrarie al diritto internazionale acquista importanza solo dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, nel senso che quest'ultimo potrà valutare liberamente di fondare la responsabilità dello Stato.

Si tratta di una prospettiva piuttosto limitata e irrimediabilmente contraddittoria, poiché la più volte asserita superiorità dell'ordinamento internazionale si scontra con quella che potremmo definire la dimensione collaborativa dei due sistemi, atteso che "il

¹³⁵ Sul punto E. CANNIZZARO, voce *Trattato internazionale (adattamento al)*, *op. cit.*, p. 1399.

¹³⁶ Cfr. H. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, *op. cit.*, p. 252.

diritto internazionale ha bisogno del diritto statale per compiere la sua missione¹³⁷. Tale superiorità si riduce, per forza di cose, all'obbligo del diritto interno di adattarsi al diritto internazionale, tuttavia, quest'ultimo non può fondare l'annullamento di una norma interna, poiché tale prerogativa spetta esclusivamente ad un altro atto normativo espressivo della sovranità statale.

Quanto alla posizione del giudice, è, probabilmente, proprio in questo ambito che si evincono le conseguenze di siffatte teorizzazioni, le quali impongono all'operatore interno la soggezione alla legge, dunque, alla legge dello Stato, lasciando da parte i vincoli internazionali. Si scorge, a tal punto, la volontà di conciliare la necessità di attuazione del diritto internazionale con il baluardo della sovranità statale, ricorrendo al concetto di interpretazione conforme¹³⁸. Dal momento che sembra ragionevole presumere la volontà dello Stato di agire in conformità con i propri obblighi internazionali, si può stabilire come principio generale che il giudice debba tentare di attribuire alla legge un significato tale da armonizzarla con gli obblighi internazionali sullo stesso incumbenti.

L'interpretazione conforme tende, dunque, a mettere in discussione il concetto di impermeabilità tra i due sistemi, aprendo, al contrario, la strada ad una leale collaborazione, la quale tende ad essere trascurata in sede di teorizzazione, ma acquista rilevanza in sede interpretativa. Ciò induce a sostenere che tali teorie trovano maggiore aderenza alla realtà, atteso che il problema dell'unità prospettata dal monismo restava drammaticamente irrisolto. Sarà proprio l'evoluzione di tali teorie a caratterizzare i moderni ordinamenti o, più precisamente, sarà l'evoluzione del diritto internazionale ad assottigliare la distanza tra i due ordinamenti, conferendo, finalmente, autonomia all'ordinamento internazionale e declinando in maniera differente il concetto di sovranità statale, fino ad arrivare al momento in cui saranno le Costituzioni ad appropriarsi del confine tra interno ed esterno. Tale momento segnerà, irrimediabilmente, la rottura con le teorizzazioni, giungendo alla pratica reale, alla positivizzazione del vincolo internazionale. In questo senso, gli obblighi assunti dallo Stato diverranno, essi stessi, parametro di costituzionalità, acquisendo una funzione di garanzia delle scelte compiute dal costituente di fondare un modello costituzionale "aperto"¹³⁹.

In altre parole, è la necessaria mediazione tra le due teorie a caratterizzare gli ordinamenti contemporanei, nei quali, in senso monista, non è più ravvisabile la rigida

¹³⁷ *Ibidem*, p. 268.

¹³⁸ Cfr. D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, cit., pp. 49 e ss.

¹³⁹ In particolare, E. CANNIZZARO, voce *Trattato internazionale (adattamento al)*, cit.; ; E. CANNIZZARO, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, cit.

separazione, atteso che sui giudici incombe l'obbligo dell'interpretazione conforme, spesso imposto dal parametro costituzionale¹⁴⁰, ed i cittadini divengono soggetti di diritto internazionale a tutti gli effetti. Permane, tuttavia, in senso dualista, la necessità di tenere distinti i due ordinamenti, di conservare intatto il concetto di sovranità, quantomeno in alcuni ambiti, lasciando che alcuni settori della sovranità non possano essere intaccati dal diritto prodotto né all'esterno né all'interno dell'ordinamento¹⁴¹

¹⁴⁰ Ciò, in particolare, accade per i Trattati internazionali in materia di salvaguardia dei diritti fondamentali; si pensi all'art. 10 comma 2 della Costituzione spagnola, secondo il quale "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 ed accordi internazionali sulle stesse materie ratificati dalla Spagna". Si tratta, chiaramente, di una scelta lungimirante, capace di aprire l'ordinamento spagnolo alla protezione internazionale dei diritti umani mediante l'introduzione di un criterio ermeneutico, accolto, altresì in altre esperienze costituzionali, tra le quali quella portoghese, la cui Carta costituzionale all'art. 16 comma 2 stabilisce che "Le previsioni costituzionali e legislative relative ai diritti fondamentali devono essere interpretate e integrate in armonia con la Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo". Il particolare *favor* per il diritto internazionale relativo alla salvaguardia dei diritti fondamentali emerge, inoltre, in maniera inequivocabile dalle Costituzioni degli Stati dell'Europa centro-orientale; basti citare, in maniera esemplificativa, le Costituzioni della Slovacchia e della Romania. L'art. 7 comma 5 della Costituzione slovacca stabilisce che "i trattati internazionali in materia di diritti umani e libertà fondamentali, i trattati internazionali per il cui esercizio non è richiesta una legge ed i trattati internazionali che attribuiscono direttamente diritti od obblighi a persone fisiche o giuridiche, e che sono ratificati e promulgati a norma di legge hanno prevalenza sulla legge ordinaria". L'art. 20 della Costituzione della Romania prevede che, in caso di conflitto tra convenzioni e trattati sui diritti umani di cui la Romania sia parte e il diritto interno, i primi prevalgono sul secondo. Sull'apertura delle Costituzioni al diritto internazionale dei diritti umani, in particolare G. GERBASI, D. LOPRIENO, *L'apertura del diritto costituzionale al diritto internazionale dei diritti umani negli ordinamenti dell'Europa continentale*, in *DPCE*, 2002; O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad Est...*, *op. cit.*

¹⁴¹ Si tratta, chiaramente, della dottrina dei controlimiti, della quale si dirà in maniera più approfondita in seguito, basti per ora citare la sentenza 1146/1988 della Corte Costituzionale italiana, in tal senso particolarmente eloquente, secondo la quale "La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare "copertura costituzionale" fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai "principi supremi dell'ordinamento costituzionale" (v. sentt. nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1982), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte "in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" (v. sentt. nn. 183 del 1973, 170 del 1984). Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore". È noto come tale pronuncia si inserisca tra quelle che hanno portato la Corte italiana ad elaborare la dottrina dei controlimiti, tuttavia sembra discostarsi dalle altre proprio in virtù della chiarezza terminologica utilizzata dalla Corte, la quale, al contrario, poco caratterizza le altre pronunce sul tema. Sul punto, in particolare, M. CARTABIA *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.

7. La teoria istituzionalista di Santi Romano: una visione differente del rapporto tra ordinamenti giuridici

L'istituzionalismo romaniano nasce come superamento della concezione normativa del diritto¹⁴² e si basa su una domanda fondamentale, che caratterizzerà tutte le opere del Romano, nel tentativo di comprendere se non si possa o non si debba mettere in luce "qualche altro aspetto del diritto, più fondamentale e soprattutto antecedente, sia per le esigenze logiche del concetto sia per l'esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca"¹⁴³. Tuttavia, se ciò comporta l'affermarsi del diritto pubblico come branca autonoma, per altro verso, implica l'apertura del fenomeno giuridico al dato storico ed a quello sociale e ciò è evidente allorquando Romano sostiene che il diritto "consta di norme, le quali si siano affatto staccate dalla coscienza di chi deve osservarle ed abbiano acquistato un'esistenza propria ed autonoma"¹⁴⁴.

In tal senso, "il fenomeno giuridico, non si inizia con l'emanazione di una regola, ma in un momento anteriore: le norme non sono che una manifestazione, una delle sue varie manifestazioni, un mezzo con cui si fa valere il potere dell'io sociale"¹⁴⁵. Al contrario dei normativisti, il Romano ritiene che oltre la norma ci sia diritto, poiché l'anteriorità non è non giuridicità, al contrario, il potere sociale che pone la norma deve essere ricompreso nella sfera della giuridicità. È proprio a questo punto che si manifesta l'esigenza di definire l'ordinamento giuridico, al fine di superare il concetto normativistico, ma, soprattutto, nell'intento di includere nel concetto il dato sociale¹⁴⁶. Il diritto deve, dunque, poter essere ricondotto al concetto di società, ed è per tale ragione che il Romano sostiene che "*ubi societas, ibi jus*", arricchendo, peraltro, tale concetto con la definizione di società, vista come "un'entità concreta, distinta dagli individui che in essa si comprendono"¹⁴⁷. Al contrario del normativismo, Romano non ritiene necessaria la "superiorità", dal momento

¹⁴² S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, Firenze, 1918, p. 7. L'Autore sostiene che le correnti definizioni di diritto rinvergono la propria origine nelle elaborazioni giusprivatistiche "o da punti di vista che non sono riusciti a superare quelli propri di tale disciplina, la quale, per la massima parte dei suoi principii e dei suoi problemi, non ... sente il bisogno di raffigurare il diritto altrimenti che come norma".

¹⁴³ *Ibidem*, p. 5.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 15.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 16.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 21. L'Autore critica il concetto diffuso di ordinamento giuridico, sostenendo che si tratta di un significato "eccessivamente letterale", un'espressione che "richiama alla mente l'idea di regola e di norma, in modo che non può riuscire agevole immaginare un ordinamento che non si riduca tutto a quell'idea". Secondo il Romano, la difficoltà è esclusivamente verbale, "per eliminarla basterebbe sostituire alla parola ordinamento qualche altra che non richiamasse così insistentemente... l'idea di norma, pur senza escluderla".

¹⁴⁷ Cfr. S. ROMANO, *L'Ordinamento...*, *op. cit.*, p. 22.

che si può parlare di istituzione ogni qualvolta ci si trovi in presenza di una organizzazione¹⁴⁸.

Romano, dunque, pone l'accento sulla socialità del diritto, percorrendo una strada che conduce al concetto di istituzione come ordinamento giuridico, la cui giuridicità risiede, pertanto, nella sua natura istituzionale. In altre parole, l'ordinamento giuridico è visto come un qualcosa di dotato di una sua individualità, la quale si traduce, al contempo, in una chiusura della struttura stessa¹⁴⁹ e solo in tal modo è possibile cogliere il fenomeno giuridico nella sua peculiarità. L'ordinamento giuridico si identifica, dunque, con il corpo sociale inteso come istituzione, dotata di una sua individualità. Per il Romano esiste, dunque, perfetta identità fra ordinamento giuridico e corpo sociale e da ciò scaturisce, come si vedrà in seguito, la teoria della pluralità degli ordinamenti.

L'elaborazione del concetto di istituzione apre, senza dubbio, gli orizzonti della giuridicità, determinando il definitivo superamento dell'esclusiva dimensione normativa; ne consegue che “il diritto è principio vitale di ogni istituzione” e che “l'istituzione è sempre un regime giuridico”¹⁵⁰. La compiuta affermazione della socialità del diritto si lega, dunque, al passaggio dalla dimensione del dover essere alla presa in considerazione della dimensione dell'essere, del diritto come elemento fondamentale della vita sociale, un elemento che consente all'istituzione di conservarsi nel tempo, anche attraverso dei cambiamenti nelle regole che la perpetuano nel tempo¹⁵¹.

Dall'affermato legame tra diritto e società discende come conseguenza l'ammissione di un pluralità indeterminata di ordinamenti giuridici, “data l'infinita varietà dei bisogni e degli interessi da soddisfare attraverso la cooperazione di forze associate”¹⁵². Ai nostri fini, tuttavia, appare fondamentale l'indagine relativa al rapporto tra ordinamento interno ed ordinamento internazionale, visti come entità separate e pienamente autonome.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 45.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 30 e ss. La chiusura non equivale all'isolamento nel pensiero di Romano e non osta, dunque, all'instaurarsi di rapporti tra ordinamenti giuridici, poiché l'interdipendenza è sempre possibile tra corpi sociali. Tra gli ordinamenti possono sussistere rapporti diversi, di indifferenza, di ostilità, ma l'uno può anche presupporre l'altro ed essergli superiore, pur mantenendo ciascuno la sua autonomia.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 38.

¹⁵¹ Di tutt'altro avviso Norberto Bobbio, il quale, in sede di disamina delle teorie istituzionaliste, sostiene che esse nascono in contrapposizione alle teorie normativiste, ma ne accolgono diversi assunti. È innegabile, secondo l'Autore, che la teoria normativa “non esce dalla polemica vinta, ma, se mai, rafforzata” e tale affermazione discende dall'assunto secondo cui può esserci normazione senza organizzazione, ma non vi può essere organizzazione senza normazione. “In altre parole, se è vero che una produzione di norme quali che siano non basta a creare un'istituzione, è altrettanto vero che un'istituzione non può essere creata senza una produzione di regole. E dunque la produzione di regole è pur sempre il fenomeno originario, anche se non inclusivo, per la costituzione di un'istituzione”. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica... op. cit.*, pp. 21 e ss.

¹⁵² Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni...*, *op. cit.*, p. 11.

La trattazione delle relazioni tra ordinamento interno ed internazionale si inserisce nel più ampio contesto delle relazioni tra ordinamenti nel modello istituzionalista e del pluralismo giuridico, dunque, appare necessario precisare qual è la declinazione romaniana del concetto di relazione tra ordinamenti giuridici. In primo luogo, si tratta di un concetto strettamente legato a quello di “rilevanza giuridica”, la quale “non è da confondersi con l’importanza di fatto, che un ordinamento può avere per un altro, e nemmeno con l’uniformità materiale di più ordinamenti, che non sia voluta oppure determinata da un’esigenza non giuridica, ma soltanto politica, di convivenza o di opportunità”¹⁵³. La relazione tra ordinamenti, ovvero la rilevanza giuridica di un ordinamento per un altro, è subordinata all’esistenza di un titolo giuridico capace di determinare l’esistenza, il contenuto, l’efficacia di un ordinamento giuridico rispetto ad un altro¹⁵⁴. Dunque, la relazione può assumere i caratteri della subordinazione, della derivazione¹⁵⁵, della rilevanza unilaterale, la quale caratterizza il rapporto tra ordinamento interno ed internazionale, e, dunque, viene in evidenza allorché un ordinamento subordina, senza esservi costretto e per sua spontanea determinazione, qualche punto del proprio contenuto o della sua propria efficacia ad un ordinamento, dal quale è indipendente, ma che, in tal modo, diventa per esso rilevante.

Il problema centrale nello studio di tale rapporto appare quello di conciliare il carattere istituzionale della Comunità internazionale con l’assenza, al suo interno, di un potere in grado di imporsi ai singoli Stati; tuttavia, come si accennava, l’istituzionalismo non ritiene fondamentale l’esistenza del rapporto di subordinazione perché si possa parlare di istituzione. Al contrario, è fondamentale il carattere dell’organizzazione. Dunque, la giuridicità e l’indipendenza dell’ordinamento internazionale sono concetti da cui prende le mosse la teorizzazione relativa al rapporto tra ordinamenti, poiché il Romano crede che tali caratteri possano essere presupposti, dal momento che “il principio per cui ogni Stato non può essere obbligato se non da norme che esso medesimo contribuisce a formare con la propria volontà, è un principio di diritto internazionale positivo, che presuppone quindi già costituito e in vigore quest’ultimo”¹⁵⁶.

L’identità dell’ordinamento internazionale viene, dunque, definita attraverso i principi cardine della teoria romaniana o, se si vuole, i principi istituzionali, risolvendo,

¹⁵³ Cfr. S. ROMANO, *L’Ordinamento...*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 119.

¹⁵⁵ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni...*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁶ Cfr. S. ROMANO, *L’Ordinamento...*, *op. cit.*, p. 48.

così, talune contraddizioni dualistiche¹⁵⁷. Tuttavia, negli scritti del Romano il concetto di volontà non assume un ruolo marginale, non soltanto perché essa contribuisce a creare il diritto internazionale, ma, in particolare, poiché essa è elemento centrale nella osservanza del diritto internazionale. Fondamentale appare il ruolo della Costituzione, la quale persegue, in primo luogo, il fine di limitare il potere dello Stato, tanto dall'interno quanto dall'esterno, prescrivendo, in tal senso, l'osservanza del diritto internazionale.

Le contraddizioni del dualismo, tuttavia, non trovano nel pensiero del Romano una risoluzione definitiva, poiché anche in esso si riscontrano delle tensioni, nella misura in cui il principio di separazione viene affermato in maniera netta e, come per le tesi dualiste, ciò comporta la possibilità di antinomie normative. Il merito dell'istituzionalismo risiede, dunque, nella capacità di costruire in maniera meno rigida la separazione, poiché la coesistenza degli ordinamenti, i rapporti da essi intrattenuti e la loro giuridicità, possono essere considerati ed analizzati nello stesso momento dal giurista, abbandonando, quindi, il punto di vista dogmatico, legato all'ordinamento considerato e, in particolare, allo statualismo. Ancora, l'istituzionalismo tende a conciliare le due differenti teorie, a mediare, dunque, tra monismo e dualismo, sostenendo che la giuridicità dell'ordinamento statale costituisce il presupposto dell'esistenza dell'ordinamento internazionale, nella misura in cui la piena giuridicità di esso poggia su garanzie di carattere giuridiche, non politiche. Ciò non pregiudica l'autonomia del diritto internazionale, bensì include in essa l'apertura degli ordinamenti interni.

L'istituzionalismo romaniano affronta, chiaramente, anche la problematica dell'adattamento del diritto interno al diritto internazionale, presupponendoli come distinti ed autonomi, un adattamento che il Romano declina come caso di rilevanza dell'ordinamento internazionale quanto alla determinazione del contenuto dell'ordinamento interno. In tale senso, l'istituzionalismo presuppone che l'interprete interno si conformi al diritto internazionale, dando vita ad un'interpretazione orientata a tener fede ai vincoli internazionali; tuttavia, è in questa sede che emerge l'influenza delle teorie dualiste sul pensiero di Romano, atteso che se i due ordinamenti sono indipendenti, deve essere escluso che l'ordinamento internazionale possa determinare il contenuto dell'ordinamento interno¹⁵⁸. In altre parole, l'ordinamento internazionale può influire sul

¹⁵⁷ Si pensi alle dottrine volontaristiche, in particolare dell'Anzilotti, secondo le quali proprio dalla volontà statale si sarebbe costruito un diritto che, al contempo, dipenderebbe e si imporrebbe alla volontà statale. Romano, al contrario, riconosce l'ordinamento internazionale come un'istituzione e risolve la contraddizione di fondo. S.ROMANO, *L'Ordinamento...*, *op. cit.*, p. 94.

¹⁵⁸ Cfr. S. ROMANO, *L'Ordinamento...*, *op. cit.*, p. 133.

contenuto dell'ordinamento statale non *ipso iure*, ma solo in forza dell'osservanza di un dovere che grava in capo allo Stato di fronte agli altri Stati. Il problema dell'adattamento si sposta, dunque, dal piano normativo alla posizione dello Stato nell'ordinamento internazionale, che lo rende soggetto di diritti ed obblighi.

Dunque, centrale è il ruolo dell'interprete più che quello del legislatore, poiché lo Stato deve osservare i vincoli internazionali e deve farlo, principalmente, attraverso l'interpretazione delle proprie norme, poiché “è sempre lo Stato che determina il contenuto del proprio ordinamento, ma ciò non toglie che su questa determinazione possa incidere il diritto internazionale”¹⁵⁹.

La separazione tra i due ordinamenti, tuttavia, rimane centrale nel pensiero del Romano, tanto che in sede di disamina delle procedure di adattamento del diritto interno al diritto internazionale, assume importanza cruciale l'istituto del rinvio¹⁶⁰. In tal senso, l'istituto in esame esplica lo *status* istituzionale dello Stato in quanto membro della Comunità internazionale, “Si tratta di un processo che si svolge tutto nell'ambito del diritto interno di quello Stato che si limita da sé, per suo conto, e attribuisce un qualche valore all'ordinamento di un altro Stato senza entrare con quest'ultimo in rapporto”¹⁶¹. Il rinvio, dunque, persegue il fine di dar vita ad un coordinamento tra i due ordinamenti, essendo questi del tutto indipendenti tra loro, facendo sì che “il contenuto di un ordinamento giuridico diventa rilevante per un altro, in quanto questo vuole, in alcune sue parti, essere uniforme al primo”¹⁶².

Numerose critiche sono state sollevate contro la concezione istituzionalista ed il pluralismo giuridico, sostenendosi, in primo luogo, che postulare la giuridicità di ogni ente per il fatto stesso della sua esistenza significherebbe eliminare il fenomeno giuridico, poiché la giuridicità può essere ascritta solo ad ordinamenti a fini generali; sicché veri ordinamenti sarebbero soltanto lo Stato e l'ordinamento internazionale, “mentre le altre società dovrebbero essere confinate nel limbo del pregiudicato”¹⁶³. Tali critiche, tuttavia, sembrano non tenere in considerazione un dato fondamentale che è, al contempo, uno dei maggiori meriti dell'istituzionalismo, l'esistenza di più ordinamenti giuridici e la conseguente possibilità di obbedienza a sistemi di regole differenti. In tal modo, l'errore di fondo del monismo viene risolto, poiché nel pensiero del Romano gli ordinamenti giuridici

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 134.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 177 e ss. L'Autore esamina il rinvio formale ed il rinvio ricettizio, avvalorando le precedenti affermazioni relative alla possibile coesistenza e contemporanea considerazione di più ordinamenti.

¹⁶¹ Cfr. S. ROMANO, *L'Ordinamento...*, *op. cit.*, p. 176.

¹⁶² *Ibidem*, p. 177.

¹⁶³ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni...*, *op. cit.*, p. 14.

coesistono nello stesso tempo e nello stesso spazio, senza che ciò osti alla loro validità ed alla possibilità che tra essi si instaurino rapporti. Dunque, il Romano opera, in qualche misura, una mediazione tra le due teorie, pur ponendosi in antitesi con il normativismo, aprendo il concetto di diritto a quello di società e, perciò stesso, rifiutando le premesse kelseniane della dottrina pura del diritto. Tuttavia, l'istituzionalismo resta ancorato alla visione dualista, alla netta separazione tra ordinamenti, la quale tende a sbiadire allorquando il Romano si dedica all'esame dell'istituto del rinvio, inteso come momento in cui si crea un collegamento tra due ordinamenti, in virtù della volontà di conformazione ai precetti di un sistema di norme. Così, dunque, viene superata quella tensione tipica del dualismo e relativa all'autonomia dell'ordinamento internazionale, spesso negata perché guardata attraverso le lenti della statualità. Romano la accetta e la dimostra, sostenendo, appunto, la pluralità degli ordinamenti giuridici, contemporaneamente vigenti ed efficaci, ma, soprattutto, in grado di creare tra loro collegamenti, attraverso i quali le antinomie normative divengono più rare, non soltanto in virtù della necessaria interpretazione conforme, ma anche grazie alla volontà dello Stato, il quale lascia volontariamente che quel settore venga normato da un altro ordinamento, rinunciando, dunque, ad emanare esso stesso delle leggi¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Per un esame delle teorie istituzionaliste e delle critiche ad esse mosse, in particolare C. MORTATI, *Istituzioni...*, *op. cit.*; T. MARTINES, *Diritto Costituzionale...*, *op. cit.*; C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività...*, *op. cit.*; N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, *op. cit.*

**L'APERTURA ALL'ORDINAMENTO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE
TRA CLAUSOLE COSTITUZIONALI DI APERTURA E RAPPORTI TRA
FONTI: L'ESPERIENZA ITALIANA E QUELLA FRANCESE**

1. Introduzione

Nel capitolo precedente si è cercato, senza pretesa di esaustività, di ricostruire quelle che appaiono essere le principali teorie relative al rapporto tra ordinamenti. Si è detto che i loro massimi sostenitori hanno avuto, fra gli altri, l'obiettivo di smentire le teorie diametralmente opposte, soffermandosi sui loro punti di debolezza. Tuttavia, a questo punto della trattazione, appare fondamentale esprimere un dubbio di fondo, che traspariva già dall'analisi precedente. Qualsiasi soluzione adottata la Costituzione in merito ai rapporti tra diritto interno ed internazionale, essa lascerà irrisolte talune problematiche. In effetti, ponendoci nell'ottica "monista", dovremmo accogliere senza riserve il meccanismo di adattamento automatico del diritto interno al diritto internazionale, tanto consuetudinario, quanto pattizio; in tal caso, tuttavia, possono porsi una serie di problematiche relative al controllo di costituzionalità delle norme immesse nell'ordinamento, ed al rango da attribuire alle stesse. Se, al contrario, adottassimo una visione "dualista", dovremmo accettarne il postulato secondo cui le fonti esterne devono essere recepite all'interno con un atto *ad hoc*, al fine di esplicitare i propri effetti¹⁶⁵. Per quanto questa possa sembrare la soluzione meno problematica e maggiormente capace di salvaguardare la sovranità dello Stato, si pongono altri tipi di problemi, non soltanto riconducibili alla questione delle fonti del diritto¹⁶⁶, ma, altresì, al mancato recepimento da parte degli organi interni delle fonti *de quibus*. Relativamente alla forza di cui dotare tali fonti, non sono poche le problematiche che incontra l'ordinamento allorché tenta di evitare una violazione delle stesse, suscettibile di esporre lo Stato ad una responsabilità internazionale. In questi casi, come è accaduto nell'ordinamento italiano, ci si sofferma sulla ricerca di una "copertura"

¹⁶⁵ Cfr. G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione (alla luce dell'esperienza statunitense)*, Milano, 1964, pp. 18 e ss.

¹⁶⁶ In particolare, M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2009; A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008.

costituzionale, tale da assicurare alle fonti di recepimento un rango pari-ordinato a quello della Costituzione.

Alla luce di quanto precede può osservarsi che nessuna soluzione costituzionale, in tale ambito, appare del tutto appagante ed è proprio tale presa di coscienza che può farci meglio comprendere quelle che sono le motivazioni alla base dell'introduzione del primo comma dell'art. 117 Cost., avvenuta con la riforma del Titolo V nel 2001 o, più in generale, le difficoltà incontrate nel nostro ordinamento relativamente ai rapporti tra fonti di ordinamenti differenti. È necessario, tuttavia, sottolineare che, se il nuovo comma primo dell'art. 117 Cost. ha contribuito a risolvere taluni problemi, esso ne ha, senza dubbio, posti degli altri, sui quali ci soffermeremo nel corso della trattazione.

In effetti, le diverse soluzioni costituzionali adottate nei diversi Stati membri dell'Unione Europea pongono, in maggiore o minore misura, problematiche relative alla sistematica delle fonti del diritto. Tale affermazione troverà dimostrazione nell'esame dell'ordinamento italiano e di quello francese, i quali sembrano essere accomunati dal solo fatto di essere entrambi membri fondatori dell'Unione Europea e della CEDU, poiché le soluzioni costituzionali relative all'apertura verso l'esterno sono, per altro verso, molto differenti. Tuttavia, se il dato testuale allontana gli ordinamenti, quello giurisprudenziale tende ad avvicinarli, atteso che in entrambi si avverte una preoccupazione relativa alla salvaguardia della Costituzione. Il timore di veder lesa la Carta fondamentale si evince dalla formulazione dell'art. 54 della Costituzione francese¹⁶⁷, definito come una "clausola a salvaguardia della Costituzione"¹⁶⁸, ma appare altrettanto chiaro nell'autorevole voce della Corte costituzionale italiana, la quale si preoccupa di elaborare la dottrina dei controlimiti al fine di difendere il "nucleo duro" della Costituzione¹⁶⁹.

Il confronto fra due soluzioni diametralmente opposte appare particolarmente interessante, poiché consente di analizzare culture giuridiche differenti in un contesto analogo, mettendo in luce, altresì, che sono in particolare tali ordinamenti a costituire prototipi di riferimento per le giovani democrazie dell'est. Appare, tuttavia, necessario precisare che nessuna soluzione deve essere intesa come migliore rispetto alle altre, poiché ogni ordinamento segue un percorso preciso, influenzato dalla sua storia, dalla cultura giuridica e da numerosi elementi che suggeriscono un'analisi capace di considerare tali

¹⁶⁷ Secondo il quale "Qualora il Consiglio costituzionale, incaricato dal Presidente della Repubblica, dal Primo ministro, dal Presidente di una delle due assemblee, da sessanta deputati o sessanta senatori, dichiarino che un impegno internazionale contiene clausole contrarie alla Costituzione, l'autorizzazione a ratificare o ad approvare l'impegno internazionale in questione può intervenire solo dopo revisione della Costituzione".

¹⁶⁸ Cfr. G. GERBASI, *Le tutele euro-costituzionali...*, cit., p. 66.

¹⁶⁹ In particolare le sentt. 65/1998; 183/1973; 170/1984; 1146/1988; 232/1989.

diversità. Ecco, dunque, che diviene interessante analizzare due soluzioni costituzionali differenti, al fine di mettere in luce quelle analogie che, ad una prima lettura, potrebbero sfuggire, cogliendo, altresì, le numerose differenze che caratterizzano tanto il dato testuale quanto quello giurisprudenziale, poiché è noto che non tutte le Costituzioni posseggono una “clausola europea” e ciò avviene tanto in Italia quanto nei Paesi dell’est Europa, dunque, in fase di comparazione, sarà necessario concentrarsi particolarmente sulla giurisprudenza interna, al fine di cogliere qual è il trattamento “domestico” riservato alle fonti prodotte all’esterno. L’ordinamento italiano si è preoccupato di colmare – parzialmente ed in maniera lacunosa– tale vuoto solo con la Riforma del Titolo V della Costituzione, che introduce un riferimento esplicito al fenomeno comunitario, qualificandolo, insieme a quello internazionale, quale limite alla potestà legislativa regionale e statale nel primo comma dell’art. 117 Cost. Tale disposizione, duramente criticata, poiché definita una *lex declaratoria*, incapace di far compiere al nostro Testo in passo in avanti nel processo di legittimazione dell’integrazione comunitaria¹⁷⁰, contiene molti lati positivi. Pur accogliendo l’idea secondo la quale il primo comma dell’art. 117 Cost. non può essere considerato l’articolo europeo della nostra Costituzione, sembra essere del tutto riduttiva la visione secondo la quale tale disposizione non aggiunga nulla di nuovo alla nostra Costituzione. In effetti, pur restando l’art. 11 Cost. la clausola legittimante del processo di integrazione, il primo comma dell’art. 117 Cost. è capace di spiegare quali sono le conseguenze del processo di integrazione o, più in generale, come gli impegni comunitari ed internazionali devono vincolare l’attività legislativa interna, guidando, in tal modo, l’opera della Corte costituzionale, in particolare nella risoluzione delle antinomie normative.

L’atteggiamento assunto dall’Italia, per certi versi, è stato emulato da diversi Stati membri dell’est, che hanno preferito introdurre clausole costituzionali poco esplicite¹⁷¹ relativamente al processo di integrazione europea, demandando la regolamentazione dei rapporti e, di conseguenza, l’ampiezza dell’apertura, alla giurisprudenza.

Il panorama europeo, relativamente alle clausole di apertura, appare particolarmente variegato; tuttavia una qualche classificazione è possibile, poiché gli articoli europei tendono a differenziarsi, in particolare, per l’obiettivo che perseguono. In

¹⁷⁰ G. D’ALESSANDRO, *Prime osservazioni sull’impatto della costituzionalizzazione del “vincolo comunitario” sulla giurisprudenza costituzionale*, in *Le istituzioni del federalismo* 2/2003, p. 214.

¹⁷¹ Tanto da far parlare di cautele terminologiche utilizzate all’interno dei Testi costituzionali dell’est Europa. In particolare Cfr. particolare A. DI GREGORIO, *Riforme costituzionali ed integrazione europea: il caso dei nuovi membri dell’Est*, in *DPCE* 4/2004, p. 2071.

Italia, l'art. 11 Cost. non ha la pretesa di influenzare il processo di integrazione o di salvaguardare la Costituzione, piuttosto tale vocazione è stata fatta propria dalla Corte costituzionale che ha posto dei limiti al processo di integrazione, elaborando la dottrina dei controlli. È, dunque, per tale ragione che clausole del genere tendono ad essere definite come “meramente abilitanti”, poiché aprono, semplicemente, ad un processo di integrazione, di collaborazione con altri ordinamenti. Diametralmente opposta la situazione della Francia, poiché tale ordinamento revisiona la propria Costituzione in occasione della ratifica del Trattato di Maastricht, novellando il proprio Testo costituzionale attraverso previsioni relative al processo di integrazione, prevedendo, peraltro, degli strumenti costituzionali volti a salvaguardare la Costituzione. In effetti, è prevista la possibilità di operare un controllo di costituzionalità preventivo sul Trattato, al fine di mettere in luce delle antinomie rispetto alla Costituzione (art. 54 e Titolo XV della Cost. francese). Nel caso in cui la giurisdizione costituzionale verificasse una difformità tra il Testo costituzionale ed il Trattato, il primo dovrebbe essere sottoposto a revisione, nel tentativo di operare un'armonizzazione con il testo dell'accordo internazionale. È proprio tale previsione che induce parte della dottrina a criticare le clausole a salvaguardia della Costituzione; tuttavia, tale posizione sembra non tener conto di un elemento fondamentale, poiché se è vero che è la Costituzione a cedere di fronte al Trattato, è altrettanto vero che la revisione di questa viene operata con un atto di volontà, con il quale è il popolo, attraverso i propri rappresentanti, che, liberamente, sceglie di emendare il proprio Testo al fine di agevolare l'integrazione, non imponendosi il Trattato sulla Costituzione in una visione rigidamente gerarchica. In tale ordinamento, peraltro, le problematiche relative alla risoluzione delle antinomie tra norme sono senza dubbio meno gravi rispetto a quelle incontrate nell'ordinamento italiano, poiché la Francia sceglie di ratificare i Trattati con leggi organiche che hanno rango superiore alla legislazione ordinaria. La riforma costituzionale operata nel corso del 2008, peraltro, rende tale aspetto ancor più interessante, concedendo alle sole giurisdizioni supreme la possibilità di attivare il controllo di costituzionalità successivo, ma su istanza di un giudice *a quo*, al quale tale prerogativa non è riconosciuta. In tal modo, le giurisdizioni supreme tendono ad acquisire un'importanza notevole all'interno di tale ordinamento. L'introduzione della questione prioritaria di costituzionalità, nondimeno, è riuscita a colmare talune lacune tipiche dello Stato francese, poiché non soltanto viene introdotto il controllo successivo di costituzionalità, ma viene fatta luce su una questione fondamentale relativa al rapporto tra ordinamenti: nel caso in cui una norma interna si ponesse in contrasto tanto con la

Costituzione quanto con un trattato internazionale, è la questione di costituzionalità che acquista priorità, dovendosi risolvere questa per prima, sia pure con le precisazioni che di seguito si faranno. Su questo terreno, il paragone con l'ordinamento italiano sembra mettere in luce i numerosi punti di debolezza del nostro ordinamento relativamente alle questioni della "doppia pregiudiziale", risolta, di solito, invertendo il meccanismo francese, ovvero risolvendo, su indicazione di una consolidata giurisprudenza costituzionale, dapprima la questione di comunitarietà della norma e rivolgendosi solo in secondo momento alla Consulta. Il suggerimento da essa fornito in merito alla doppia pregiudiziale mette in luce, ancora oggi e malgrado gli auspici, una scarsa volontà dei giudici costituzionali di avviare un dialogo, nella paura di sentirsi sottoposti ad una giurisdizione superiore, in particolare quella di Lussemburgo.

2. *Gli obblighi internazionali nella clausola di apertura dell'art. 10, comma primo*
Cost.: un vero accoglimento del monismo?

A tal punto appare necessario occuparsi delle fonti poste da ordinamenti differenti da quello italiano, nel tentativo di comprendere come ed in quale misura la Costituzione si apre ad esse e quali problematiche essa suscita. Costituisce necessaria premessa la distinzione tra ordinamenti generali e particolari: ordinamento generale per eccellenza è la comunità internazionale, mentre possiamo definire ordinamenti particolari i singoli Stati o le istituzioni, come la Chiesa cattolica, non assimilabili ad uno Stato¹⁷². Ciò premesso, appare semplice constatare una comune tendenza degli Stati moderni, quella di porre nelle loro Costituzioni "norme dirette ad assicurare l'efficacia, all'interno del loro ordinamento, delle norme di diritto internazionale ed a creare organizzazioni sovranazionali dotate di un apparato autoritario istituzionalizzato"¹⁷³. Di tali forme di collegamento tra ordinamenti o, se si vuole, degli articoli costituzionali di apertura, costituiscono esempio gli artt. 10 e 11 della Costituzione italiana, i quali contribuiscono, senza dubbio, a rendere la Carta fondamentale "ambiziosa", anche per ciò che attiene alla "determinazione

¹⁷² T. MARTINES, *Diritto Costituzionale, cit.*, pp. 79 e ss. L'Autore riconosce, altresì, un terzo tipo di ordinamento, definito intermedio, dato dalla unione fra più Stati, definito intermedio fra quello dei singoli Stati e quello della comunità internazionale.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 80.

dell'atteggiamento dello Stato italiano rispetto alla comunità internazionale¹⁷⁴. Tuttavia, tale atteggiamento accomuna la Costituzione italiana alle Carte redatte nel Secondo dopoguerra, poiché è in tale fase che i moderni Stati acquistano la straordinaria consapevolezza di essere parti di una comunità più ampia, che li condiziona anche all'interno. Per ciò che attiene all'Italia, tale consapevolezza è senza dubbio ascrivibile alla necessità di reagire all'autarchia fascista, sentendosi parte della comunità internazionale e rispettandone le regole, tanto che, sotto il profilo della loro genesi, le norme costituzionali internazionalistiche “risultarono da un'ampia convergenza tra le principali forze politiche italiane”¹⁷⁵, tale che “la volontà espressa dal costituente con l'art. in esame, primo comma sembra chiara”¹⁷⁶.

La volontà di aprirsi finalmente all'ordinamento internazionale, rompendo ogni legame con l'ordinamento fascista, appare evidente; tuttavia, non sembra altrettanto semplice affermare che l'art. 10 Cost. sia una disposizione poco problematica, dal momento che – eccezion fatta per la tecnica di adattamento – non sembra esserci unanimità di vedute tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza, soprattutto comune¹⁷⁷. Il tenore letterale del primo comma dell'art. 10 Cost., secondo il quale “L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”¹⁷⁸, ha lasciato delle zone d'ombra, permettendo alla dottrina di elaborare interpretazioni differenti. Relativamente all'“oggetto” della norma costituzionale, le posizioni dottrinali sono state molto differenti, dal momento che solo alcuni si sono limitati ad un'interpretazione

¹⁷⁴ Cfr. A. CASSESE, *sub art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975. L'Autore si sofferma sulla differenza tra la Costituzione del 1948 e lo Statuto Albertino, il quale si limitava a poche e laconiche frasi in merito alla partecipazione del Regno d'Italia alle relazioni internazionali. In particolare, nell'art. 5 dello Statuto, secondo il quale “ Il Re [...] dichiara la guerra, fa i trattati di pace, d'alleanza, di commerci ed altri, dandone notizia alle Camere posto che l'interesse e la sicurezza dello Stato lo permettono, ed unendovi le comunicazioni opportune. I trattati che importassero un onere alle finanze, o variazioni di territorio dello Stato, non avranno effetto se non dopo ottenuto l'assenso delle Camere”.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 462. Cassese ritiene di poter individuare delle “direttrici essenziali” attorno alle quali si creò il consenso tra i maggiori partiti politici, tra le quali si riconoscono “l'esigenza della massima apertura del nostro Stato verso la comunità internazionale; il pacifismo; l'esigenza di proiettare anche sul piano internazionale i valori di libertà e democrazia che si voleva proclamare e salvaguardare nella vita interna dello Stato; il ‘solidarismo’ internazionale; l'istanza ‘garantista’, ossia la necessità di assicurare che certi momenti salienti della politica estera del nostro Stato venissero “controllati” dal Parlamento”.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 497. La convergenza delle forze politiche su tale apertura, come fa notare Cassese, ha solidi ancoraggi ideologici: l'ala cattolica sosteneva che la comunità internazionale fosse *respublica sub Deo*, una comunità in cui gli Stati devono rinsaldare l'unità della *societas generi humani*; quanto ai comunisti ed ai socialisti, “essi erano naturalmente portati a guardare al di là delle barriere nazionali”, dal momento che l'internazionalismo è un caposaldo della dottrina marxista.

¹⁷⁷ Cfr. A. BONOMI, *Il ‘limite’...*, *cit.*, p. 19.

¹⁷⁸ Il comma primo dell'art. 10 Cost. sembra riprendere l'art. 4 della Costituzione di Weimar, secondo il quale “I principi fondamentali riconosciuti dal diritto delle genti hanno valore di parti integranti del diritto tedesco”.

letterale, ritenendo che l'adattamento automatico interessasse esclusivamente quelle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute¹⁷⁹, capaci di imporre obblighi agli ordinamenti nazionali. Altri hanno sostenuto che il procedimento di adattamento previsto dall'art. 10 Cost. debba essere definito "selettivo"¹⁸⁰, non operando per le consuetudini regionali, trovandosi, tuttavia, smentiti dalle tesi di chi ha riconosciuto l'evoluzione storica, mettendo in luce che l'obiettivo perseguito dal costituente era differente rispetto a quello a cui oggi ambisce la Carta¹⁸¹. Sarebbe, dunque, per tale ragione che tra "le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute" andrebbero annoverate le consuetudini regionali, con delle ripercussioni non di poco conto sulla sistematica delle fonti, con particolare riguardo alla CEDU. Le indicazioni dell'Assemblea Costituente, tuttavia, sembrano fugare tali dubbi, dal momento che la proposta di estendere il meccanismo di adattamento automatico anche al diritto pattizio era stata proposta e successivamente respinta nel corso dei lavori¹⁸². Tale elemento, senza dubbio, fornisce indicazioni chiare e precise sulla volontà del costituente, il quale circoscrive tale meccanismo al diritto internazionale generale per tre ragioni in particolare. In primo luogo, è semplice cogliere l'influenza di testi costituzionali stranieri¹⁸³, ma non appare altrettanto semplice comprendere il ruolo assunto da una diffidenza nei confronti del diritto internazionale, visto come un diritto privo del connotato della certezza, in quanto diritto in divenire, soggetto alla volontà delle parti contraenti. A causa di tali pregiudizi, si tentava di circoscrivere quanto più possibile lo strumento dell'adattamento automatico al solo diritto internazionale generale. Infine, la proposta di Dossetti di estendere l'operatività dell'adattamento ai principi supremi delle norme internazionali veniva respinta, contribuendo a mettere in chiaro l'esclusiva operatività nei confronti del diritto internazionale generale. Dunque, se delle conclusioni possono trarsi, la prima è rintracciabile nella volontà del costituente di circoscrivere l'operatività dell'art. 10 comma primo al solo diritto internazionale generalmente riconosciuto.

¹⁷⁹ Cfr. G. BISCOTTINI, *L'adeguamento del diritto italiano alle norme internazionali*, in *Jus*, 2/1951.

¹⁸⁰ In particolare tale termine è usato da A. M. CALAMIA, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale consuetudinario nelle più recenti costituzioni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1977, pp. 66 e ss.

¹⁸¹ G. STROZZI, *Regioni e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1983, p. 95.

¹⁸² La proposta era stata avanzata da Ago e Morelli, ma bocciata nella Commissione dei 75.

¹⁸³ In particolare l'art. 4 della Costituzione di Weimar, secondo il quale "Le regole generalmente riconosciute del diritto internazionale valgono come elementi vincolanti del diritto imperiale tedesco"; il Preambolo della Costituzione francese del 1946, secondo il quale "La Repubblica francese, fedele alle sue tradizioni, si conforma alle regole del diritto pubblico internazionale" e l'art. 7 della Costituzione spagnola del 1931, secondo il quale "Lo Stato spagnolo rispetta le norme generali del diritto internazionale incorporandole nel proprio diritto positivo".

Malgrado ciò, il senso dell'art. 10 Cost. è stato forzato o, per meglio dire, tale precetto è stato interpretato in maniera estensiva, da una parte della dottrina, con l'obiettivo di ricomprendere nel meccanismo di adattamento automatico anche il diritto pattizio. In particolare, tale vocazione è stata fatta propria da due filoni dottrinali, di cui sono esponenti Quadri e Barile. Secondo il primo¹⁸⁴, l'adattamento automatico deve essere esteso al diritto pattizio dal momento che per il suo tramite viene immessa nell'ordinamento la norma fondamentale di adattamento al diritto internazionale *pacta sunt servanda*. In virtù di ciò, si deve riconoscere nell'ordinamento una norma sulla produzione giuridica capace di trasformare automaticamente i trattati in diritto interno. Quadri, peraltro, ritiene che la prassi italiana dimostri inequivocabilmente l'accoglimento di tale visione, dal momento che l'ordine di esecuzione viene spesso emanato per trattati non ancora entrati in vigore, il che dimostrerebbe l'inutilità dello stesso. Ancora, il Quadri sostiene che la prassi italiana ex art. 80 Cost. divenga assurda se non letta alla luce delle sue teorie, poiché al Parlamento è richiesto di pronunciarsi due volte, per emanare due atti che sono contestuali, come l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione. Infine, lo studioso rileva che alcune convenzioni hanno trovato attuazione in Italia anche in assenza di un preciso ordine di esecuzione e ciò finirebbe per avallare le sue tesi. Tuttavia, quel che appare certo è che le tesi del Quadri sono insostenibili, dal momento che il costituente perseguiva tutt'altra finalità e ciò si evince in maniera univoca dai lavori preparatori; in secondo luogo, il brocardo *pacta sunt servanda* esprime una norma sulla produzione, che impone agli Stati di rispettare gli accordi che essi *liberamente* concludono, conferendogli valore di atti normativi, disciplinando, in qualche maniera, i rapporti internazionali. Si tratta, senza dubbio, di un principio generale del diritto internazionale – e qui si concorda con il Quadri –, ma non è certo una norma materiale a cui si riferisce l'art. 10 Cost.

La seconda configurazione è quella sostenuta da Barile, secondo il quale, sulla scia del Quadri, l'art. 10 Cost. immetterebbe nell'ordinamento la norma *pacta sunt servanda*, ma a questa non è riconosciuto il medesimo valore, giacché tale filone riconosce che non era intento del costituente stabilire l'adattamento automatico al diritto pattizio; piuttosto, essa dovrebbe riformularsi nel senso di *pacta recepta sunt servanda*, con l'obiettivo di vietare ogni deroga agli atti di esecuzione dei trattati¹⁸⁵. Per quanto possa apparire razionale desumere che fosse anche questo l'intento del costituente, anche tale impostazione appare infondata, forzando l'interpretazione dell'art. 10 Cost., il quale non si preoccupa di operare

¹⁸⁴ R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 64.

¹⁸⁵ A. CASSESE, *sub art. 10 Cost*, cit., p. 495.

un adattamento a siffatta norma, poiché tale norma non esiste e ciò è ampiamente dimostrato dalla prassi sanzionatoria tipica del diritto internazionale, tramite la quale si configura l'illecito per la violazione di una particolare disposizione di un certo accordo e non anche per la violazione della norma relativa all'obbligatorietà dei trattati, che, al contrario, si desume dall'insieme normativo e dai principi generali del diritto internazionale. Peraltro, se tale tesi fosse veritiera, il secondo comma dell'art. 10 Cost. non avrebbe alcuna ragion d'essere, dal momento che tutto ciò sarebbe già espresso nel primo comma¹⁸⁶. Non ritenendo che il costituente abbia, con il secondo comma, precisato quanto detto nel primo, ovvero estendendolo alla condizione dello straniero, la teoria di Barile appare infondata.

È necessario, peraltro, chiarire che la stessa Corte costituzionale ha smentito tali teorie, in particolare con la sent. 32/1960, allorquando afferma che il primo comma dell'art. 10 Cost. “si riferisce alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e non ai singoli impegni assunti in campo internazionale dallo Stato: ciò risulta chiaramente dal testo dell'art. 10 e dai lavori preparatori”.

Il significato dell'art. 10, comma primo Cost. può essere colto solo tenendo conto della volontà del costituente di “elevare a precetto costituzionale l'obbligo dell'integrale osservanza del diritto internazionale generale e quindi sancire costituzionalmente l'adeguamento completo e costante del diritto interno alle norme internazionali generali”¹⁸⁷. Ciò comporta, in maniera inequivocabile, che le norme immesse *ex art. 10 Cost.* hanno rango sovraordinato rispetto alla legge ordinaria, la quale, per tale motivo, può essere censurata dalla Corte costituzionale nel caso in cui ne accertasse il contrasto con esse. In altre parole, l'art. 10 Cost. è una norma sulla produzione nella misura in cui prescrive un obbligo nei confronti dell'ordinamento italiano di conformarsi automaticamente alle consuetudini internazionali; tuttavia, esso si impone, altresì, al legislatore, poiché, nel caso in cui, l'adattamento automatico non fosse possibile, esso dovrebbe intervenire con un atto volto a garantirlo. Appare chiaro, peraltro, che l'art. 10 Cost. imponga di non applicare – e di non produrre – il diritto interno contrastante con le norme da esso immesse e che divenga, al contempo, una norma sulla interpretazione, nella misura in cui prescrive di preferire l'interpretazione normativa conforme al dettato della norma internazionale.

¹⁸⁶ Secondo cui “L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 497.

Da quanto detto emerge che l'art. 10 Cost. configura un rinvio speciale all'ordinamento internazionale, autorevolmente definito come "trasformatore permanente" dal Perassi, presentando i caratteri dell'automatismo e della permanenza¹⁸⁸, e permette quindi di recepire solo quelle norme consuetudinarie effettivamente vigenti nel momento in cui sono richiamate all'interno dello Stato. L'art. 10 Cost. "non si limita quindi a stabilire un obbligo di adattamento, ma lo dispone direttamente, assicurando istante per istante un regime di conformità fra ordinamento interno e diritto internazionale generale. Il meccanismo contenuto nella disposizione costituzionale è, quindi, un meccanismo di adattamento automatico mediante rinvio"¹⁸⁹.

La dottrina più autorevole e maggioritaria¹⁹⁰ ha, tuttavia, elaborato un'interpretazione differente del comma primo dell'art. 10 Cost., ritenendo che esso operi esclusivamente nei confronti delle consuetudini internazionali generali, ovvero solo di quelle caratterizzate dall'elemento della *diuturnitas*, quindi del reiterarsi di un determinato comportamento da parte degli Stati nel corso del tempo e dall'elemento dell'*opinio iuris ac necessitatis*, dunque della convinzione degli ordinamenti che quella regola di condotta sia obbligatoria¹⁹¹. Tali possono considerarsi soltanto le norme consuetudinarie non scritte che si possono individuare nelle norme consuetudinarie "ordinarie", nei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, e nelle norme appartenenti allo *jus cogens*, ovvero norme imperative dotate del carattere dell'inderogabilità. In tal senso, appare chiaro che le consuetudini regionali, particolari, debbano restare fuori dall'ambito di operatività dell'art. 10 Cost. "La *ratio* di tale limitazione può essere identificata nella volontà del Costituente di operare l'adattamento con strumenti costituzionali nei confronti delle sole norme che, per il fatto di godere di generale approvazione, esprimono le tendenze di fondo dell'ordinamento internazionale"¹⁹². Dunque, è facile notare che l'accordo sull'art. 10

¹⁸⁸ Cfr. A. CASSESE, *Sub art. 10 Cost.*, cit. p. 496.

¹⁸⁹ Cfr. E. CANNIZZARO, *Art. 10, 1° comma*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006.

¹⁹⁰ In particolare, cfr. C. MORTATI, *Corso di lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Roma, 1958; V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Milano, 1965; T. PERASSI, *La Costituzione italiana e l'ordinamento internazionale*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1958, p. 431.

¹⁹¹ Si tratta, senza dubbio, delle regole attinenti alle relazioni diplomatiche e consolari, ma vi si annoverano anche i principi della libertà dei mari, di non ingerenza negli affari degli altri Stati, il divieto di ricorrere alla minaccia dell'uso della forza, il dovere di cooperazione nella prevenzione dell'inquinamento marino (quest'ultimo principio si desume dall'ordinanza 3 dicembre 2001 del Tribunale Internazionale per il Diritto del Mare, *Impianto Mox, Irlanda c. Regno Unito*). In tal senso, si esprime anche la Corte Costituzionale italiana, con la sent. 96/1982, nella quale, anche se in maniera piuttosto vaga, sostiene che il diritto generalmente riconosciuto coincida con le consuetudini e con tutte quelle regole del diritto internazionale universalmente accolte.

¹⁹² E. CANNIZZARO, *Art. 10, 1° comma*, cit.

Cost. sia ascrivibile soltanto riguardo al meccanismo di adattamento e ciò senza tener conto di un ormai sopito dibattito dottrinario tra coloro i quali ritenevano che la disposizione in questione accogliesse il monismo kelseniano e chi, al contrario, vi ha letto l'accoglimento delle teorie di Triepel¹⁹³, oppure le tesi di chi non ha visto alcunché di innovativo in questa disposizione, sostenendo che anche in sua assenza l'Italia, come tutti gli ordinamenti nazionali, si sarebbe conformata in maniera automatica alle consuetudini internazionali¹⁹⁴.

Tale meccanismo di adattamento è sovente definito diretto, automatico, permanente, continuo e completo, dal momento che è esso stesso ad adeguare il diritto interno a quello internazionale generale, operando contestualmente all'entrata in vigore della norma non scritta, ma già vigente nella comunità internazionale, lasciando entrare nell'ordinamento tutte le norme necessarie per il suo adeguamento al diritto internazionale generale e tenendo conto delle modificazioni di questo. In tal senso, appare fondata e preferibile la visione dottrina che qualifica l'art. 10 Cost. come una norma sulla produzione giuridica, la quale rinvia all'ordinamento richiamato, sicuramente "di un tipo speciale, perché non prevede un atto dello Stato al quale si attribuisca l'idoneità a produrre norme giuridiche, ma dà luogo direttamente essa stessa alla nascita o all'estinzione di norme interne ricavandole dalle norme del diritto internazionale alle quali si riferisce"¹⁹⁵. Tuttavia, ciò mette in luce, altresì, un elemento fondamentale dell'art. 10 Cost. o, per meglio dire, un suo punto di debolezza, poiché nel suo porsi quale "trasformatore permanente", esso esclude l'intervento del legislatore, non necessitando di una norma di recepimento. La sua operatività, dunque, dipenderebbe totalmente dal giudice interno, al quale è affidata la responsabilità di interpretare il diritto internazionale generalmente riconosciuto e spingersi fino alla verifica dell'eventuale estinzione, ovvero abrogazione per desuetudine, di una

¹⁹³ Fra i sostenitori della teoria secondo la quale l'art. 10 Cost. accoglierebbe l'impostazione monista, primo fra tutti P. PAONE, *Saggi di diritto e di organizzazioni internazionali*, Milano, 1977, pp. 37 e ss; al contrario, la seconda posizione è sostenuta in particolare da A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1961.

¹⁹⁴ Questa teoria appare essere sostenuta, peraltro, anche dalla stessa Corte di Cassazione, in particolare nella sent. 1284/1962, con la quale afferma chiaramente che una norma implicita volta a provvedere all'adattamento automatico alle norme internazionali generali era vigente già prima dell'entrata in vigore della Costituzione. In tal senso, si esprime C. LIPARTITI, *L'adattamento degli ordinamenti interni al diritto internazionale nelle Carte Costituzionali*, in *Archivio Giuridico*, 1953. Tuttavia, tale teoria appare smentita dalle singole realtà costituzionali, poiché non soltanto l'Italia ha avvertito l'esigenza di introdurre nel proprio Testo costituzionale una disposizione volta ad assicurare l'adattamento automatico, ma la stessa strada è stata percorsa dalla Germania, con l'art. 25 LFB, e dalla Grecia, attraverso l'art. 28, primo comma Cost. Peraltro, si tratta di un principio conosciuto fin dal Settecento e sovente richiamato nella giurisprudenza britannica, come appare evidente dal caso *R. v. Keyn (The Franconia)* del 1876.

¹⁹⁵ Cfr. T. PERASSI, *La Costituzione italiana e l'ordinamento internazionale*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1958, p. 431.

consuetudine all'interno della comunità internazionale¹⁹⁶. Ciò diviene un punto di debolezza nella misura in cui nel nostro ordinamento non sarebbe concessa al giudice la possibilità di adire la Corte Costituzionale nel caso in cui nutrisse dei dubbi sull'esistenza o l'interpretazione di una consuetudine internazionale. Colmare tale lacuna ed orientarsi sul modello tedesco¹⁹⁷ potrebbe garantire una più corretta attuazione dell'art. 10 Cost., concedendo alla Consulta la possibilità di esprimersi in quest'ambito fondamentale, evitando, altresì, di addossare una responsabilità fin troppo gravosa sul giudice *a quo*. In effetti, la prassi dimostra che, malgrado il silenzio su tale questione, la Corte ha suggerito di sollevare la questione di costituzionalità dinanzi ad essa per violazione indiretta dell'art. 10 Cost.

Il meccanismo di adattamento finora esaminato, tuttavia, nulla dice sul rango che le fonti immesse nell'ordinamento debbano assumere e, per tale ragione e nel silenzio della disposizione, le tesi sostenute dalla dottrina appaiono fra loro diametralmente opposte. Sembra opportuno, dunque, richiamarle, seppure in maniera poco dettagliata, per poi porre l'attenzione sulla posizione assunta dalla Corte Costituzionale.

Secondo autorevole dottrina¹⁹⁸, alle norme immesse nell'ordinamento interno per il tramite dell'art. 10 Cost. deve necessariamente essere riconosciuta una forza *super-costituzionale*, sì da dotarle di particolare forza attiva e passiva, quindi della capacità di resistere all'abrogazione da parte di qualsiasi fonte e di imporsi sulle norme di qualsiasi rango. Tale posizione prende le mosse dalla locuzione contenuta nell'art. 10 Cost., secondo il quale l'ordinamento "si conforma", il che farebbe dedurre che tale precetto sia indirizzato anche alle fonti costituzionali; tuttavia, tale affermazione è apparsa "stravagante"¹⁹⁹ a coloro i quali si sono chiesti quale Corte dovrebbe avere la competenza a verificare la costituzionalità di una consuetudine internazionale e quale esito dovrebbe avere tale giudizio. Pur comprendendo la ragione sottesa a tale visione, essa appare poco aderente alla realtà e, peraltro, comporterebbe delle problematiche non di poco conto, dal momento che, da questa prospettiva, il diritto internazionale generalmente riconosciuto andrebbe a porsi al vertice del sistema delle fonti, divenendo una *Supremacy Clause*, che,

¹⁹⁶ Cfr. P. PERLINGERI, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 1997, p. 50.

¹⁹⁷ L'art. 100, secondo comma della LFB stabilisce che il giudice ordinario debba ricorrere in via incidentale dinanzi al Tribunale Costituzionale allorché esso nutra un dubbio sull'esistenza della consuetudine.

¹⁹⁸ Cfr. C. MORTATI, *Corso di lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Roma, 1958; V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Milano, 1965. Entrambi gli autori ritengono che le norme immesse per il tramite dell'art. 10 Cost. non possano essere abrogate da legge ordinaria, così come si dubita che possano subire modifiche da parte di legge costituzionale, pur non chiarendo se esse abbiano la forza di derogare al dettato della Costituzione.

¹⁹⁹ Cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p. 666.

tuttavia, non lascia spazio ad altro diritto²⁰⁰. Peraltro, appare difficile sostenere una siffatta teoria, mancando un'esplicita previsione dell'immodificabilità dell'art. 10 Cost. sul modello dell'art. 139 Cost. Se il Costituente si fosse orientato in tal senso, la forza super-costituzionale delle norme immesse non avrebbe lasciato spazi a dubbi. Tali affermazioni si trovano alla base della teoria di Antonio La Pergola, secondo il quale le norme immesse per il tramite dell'art. 10 Cost. assumono valore costituzionale²⁰¹. In tale ottica, alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, ma formatesi anteriormente alla Costituzione, deve essere riconosciuto rango subordinato rispetto a questa; tuttavia, nel caso in cui la consuetudine sia successiva all'entrata in vigore della Costituzione, essa prevale, dovendosi necessariamente parlare di una revisione implicita o indiretta della Costituzione²⁰².

Tale posizione, tuttavia, viene criticata duramente da parte di coloro che sostengono che la Costituzione debba essere intesa quale fonte suprema, dovendosi collocare le norme di adattamento in maniera sotto-ordinata a questa²⁰³, non essendo "realisticamente pensabile... che i costituenti abbiano voluto una Costituzione di tipo rigido ed allo stesso tempo abbiano consapevolmente inserito in tale Costituzione un meccanismo automatico di creazione indiretta di norme parificate alle norme costituzionali, meccanismo che esclude, diversamente da quanto previsto dall'art. 138., qualsiasi intervento del Parlamento e del popolo"²⁰⁴. Siffatta teoria indurrebbe a ritenere che, in caso di contrasto tra fonti, dovrebbe applicarsi il criterio della *lex posterior derogat priori*, tuttavia viene precisato che la *vis abrogans* delle norme di recepimento è differente, essendo esse fonti atipiche²⁰⁵.

Una tesi differente rispetto alle precedenti è quella sostenuta da Giuseppe Barile, secondo il quale a tali norme, "entrate" per il tramite dell'art. 10 Cost., è possibile riconoscere forza costituzionale e che esse si devono porre in rapporto con le altre norme interne così come si pongono le regole speciali su quelle generali; tuttavia, ciò è valido fintantoché tali norme non violino il "limite assolutamente invalicabile" dei principi fondamentali della Costituzione²⁰⁶. Senza dubbio più innovativa la tesi di Antonio Cassese, definita come quella dell'adattamento "scalare" e secondo la quale, essendo impossibile

²⁰⁰ Cfr. A. BONOMI, *Il 'limite'...*, cit., p. 38.

²⁰¹ Cfr. A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento...*, cit., pp. 253 e ss.

²⁰² *Ibidem*, pp. 410 e ss.

²⁰³ Cfr. A. BERNARDINI, *Diritto internazionale generale e ordinamento interno*, in *Giur. Cost.*, 1961, pp. 1474 e ss.

²⁰⁴ Cfr. S.M. CICONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Torino, 2001, p. 44.

²⁰⁵ Cfr. A. BERNARDINI, *Diritto internazionale generale...*, cit., p. 1480.

²⁰⁶ Cfr. G. BARILE, *Costituzione e diritto internazionale. Alcune considerazioni generali*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1986.

desumere il rango attribuito alle fonti in esame dalle disposizioni dell'art. 10 Cost., è necessario attribuire ad esse rango ordinario o costituzionale a seconda di come viene disciplinata all'interno dell'ordinamento italiano la materia di cui esse trattano. Si tratta di una tesi piuttosto lacunosa e priva di qualsiasi certezza, dal momento che non chiarisce *ab origine* di quale forza siano dotate tali fonti, lasciando aperta una questione fondamentale, risiedente nel fatto che se esse dovessero avere diverso rango, si potrebbe supporre che la loro *vis abrogans* potrebbe variare. Peraltro, Cassese ammette senza riserve l'abrogazione tacita della Costituzione da parte di norme immesse per il tramite dell'art. 10 Cost.²⁰⁷. Altrettanto controversa è la tesi sostenuta da Carlo Esposito²⁰⁸, secondo il quale al legislatore interno non è fatto divieto di legiferare in maniera contrastante alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, ma se ciò dovesse accadere non sarebbe necessario l'intervento della Corte Costituzionale, chiamata a giudicare una violazione indiretta dell'art. 10 Cost., dal momento che spetterebbe al giudice accertare il diritto vigente, disapplicando la norma interna contrastante con i principi generali del diritto internazionale.

Dalle indicazioni provenienti dall'autorevole voce della Consulta si desume che gli orientamenti dottrinali non hanno trovato particolare accoglimento, dal momento che essa sembra suggerire di sollevare la questione di legittimità dinanzi ad essa in caso di contrasto tra norma interna e diritto internazionale generale, per violazione indiretta dell'art. 10 Cost. Tale affermazione – invero, poco apprezzata dai commentatori – fornisce un'indicazione importante relativamente al rango delle fonti immesse *ex art.* 10 Cost., poiché, se tale è la configurazione, appare corretto affermare che la Corte riconosce particolare forza passiva a tali fonti.

Appare, a questo punto, necessario soffermarsi sugli orientamenti seguiti dalla Corte costituzionale in merito alla posizione assunta dalle fonti internazionali generali nel sistema interno delle fonti. È da chiarire fin da subito che, malgrado le numerose pronunce in merito e gli orientamenti cui si accennava, la Consulta non è stata capace di rispondere in maniera chiara ed univoca a tale interrogativo, concedendo un ampio margine alle teorie dottrinarie che, ancora oggi, si prospettano. La Corte inizia a pronunciarsi sulla questione durante gli anni Sessanta, smentendo le teorie dottrinali secondo le quali non vi sarebbero stati i presupposti per sollevare una questione di legittimità costituzionale in caso di

²⁰⁷ Cfr. A. CASSESE, *Sub art. 10 Cost., cit.*, p. 504.

²⁰⁸ Cfr. C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e 'altre' leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, tomo III, Milano, 1963, p. 191.

contrasto tra una norma interna ed un principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto. In effetti, nella sent. 67/61 la Corte ritiene ammissibile la questione sollevata dal giudice *a quo*, secondo il quale gli artt. 1 e 3²⁰⁹ della legge 1409/1956 si ponevano in contrasto con la consuetudine internazionale in virtù della quale gli Stati devono limitare la propria giurisdizione penale ai fatti accaduti nel proprio territorio. La Corte costituzionale ha negato l'esistenza di siffatta convenzione internazionale, ponendosi in netto contrasto con i precetti, riconosciuti dal diritto internazionale, secondo i quali la potestà dello Stato di cui la nave batte bandiera sussiste anche in alto mare, quindi anche in acque territoriali straniere²¹⁰.

Si comprende, dunque, che la Consulta si sia, in maniera tacita, riconosciuta il diritto di giudicare sulla violazione di una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta da parte di una legge interna. Tuttavia, la Consulta chiarisce maggiormente il proprio punto di vista nel caso *Russel* sent. 48/1979, un vero *leading case* in tale ambito e con il quale vengono, finalmente, assunte precise posizioni. Il caso prende le mosse dalla vicenda del colonnello *Russel*, addetto militare presso l'Ambasciata canadese in Roma, chiamato in causa dalla società immobiliare proprietaria dell'appartamento da egli abitato per inadempimento del contratto di locazione. Secondo il colonnello, l'autorità italiana non era competente a giudicare siffatta controversia, in virtù della norma internazionale generale che riconosceva l'immunità dei diplomatici dalla giurisdizione civile dello Stato in cui prestavano servizio. Il Tribunale di Roma faceva, però, notare che tale norma è volta a tutelare gli Stati e non a concedere benefici personali ai diplomatici per gli atti posti in essere in qualità di cittadini. La questione veniva, dunque, sollevata dinanzi alla Corte costituzionale con riferimento all'art. 2 della legge 804/1967, nella parte in cui esso si preoccupava di dare attuazione alla Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche, per violazione degli artt. 102, 24, 3 e 10 della Costituzione²¹¹. Nel caso di specie, la

²⁰⁹ Secondo i quali i capitani delle navi nazionali di peso non superiore alle duecento tonnellate e che trasportavano tabacchi, avevano l'obbligo di redigere il manifesto del carico, come prescritto dalla legge doganale marittima. L'inosservanza di tale obbligo prevedeva l'applicazione della medesima sanzione prevista per il contrabbando di tabacchi esteri.

²¹⁰ Nel medesimo senso anche le sentt. 135/1963 e 48/1967.

²¹¹ Secondo la Corte "Gli invocati principi costituzionali sarebbero violati, ad avviso del giudice *a quo*, per i seguenti motivi: a) la carenza di giurisdizione civile contrasterebbe con l'art. 102 della Costituzione che attribuisce tale funzione ai giudici, né sarebbe invocabile l'art. 11 Cost., perché la ravvisata limitazione di sovranità potrebbe essere giustificata solo da un trattato internazionale diretto in modo specifico ad assicurare la pace e la giustizia tra le Nazioni e non dalla Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche, avente altre finalità; b) l'immunità dalla giurisdizione civile escluderebbe la garanzia di diritti inviolabili dell'uomo, tra cui v'è quello di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi, risultando eccessivamente onerosa l'azione di fronte ai giudici dello Stato accreditante (artt. 2 e 24 Cost.); c) la stessa immunità creerebbe una disparità di trattamento tra cittadini e stranieri o anche tra stranieri. Infatti, i diplomatici, pur

Consulta precisa che “l’ordinamento italiano si è adeguato, ancor prima dell’entrata in vigore della Costituzione, alla norma di diritto internazionale, generalmente riconosciuta, che ha sancito l’obbligo degli Stati di riconoscere reciprocamente ai propri rappresentanti diplomatici l’immunità dalla giurisdizione civile, anche per gli atti posti in essere quali privati individui”.

In proposito la dottrina internazionalistica, numerosi atti di legislazione dei singoli ordinamenti statali, la giurisprudenza consolidata dei giudici interni e soprattutto la consuetudine più che secolare degli Stati nelle loro reciproche relazioni, dimostrano, senza possibilità di dubbio, la nascita di una norma generale avente per oggetto tale immunità, che è riconosciuta all’agente diplomatico per la sua attività privata e non in quanto agisca quale organo dello Stato straniero: in tale ipotesi, infatti, la sua attività sarebbe imputabile allo Stato stesso. La consuetudine è sorta non per attribuire un privilegio personale, ma al fine di assicurare in ogni caso che il diplomatico possa compiere il suo ufficio, in virtù di ciò la Corte ritiene che il denunciato contrasto sia soltanto apparente e risolvibile applicando il principio di specialità. Più nel dettaglio, la Corte afferma che in caso di contrasto tra norme internazionali immesse nell’ordinamento mediante l’articolo 10 comma 1 Cost. e principi fondamentali dell’ordinamento italiano, saranno questi ultimi a prevalere, limitando però significativamente la portata di questo principio alle consuetudini formatesi successivamente all’entrata in vigore della Costituzione e, quindi, escludendo le norme sulle immunità²¹².

Si coglie, dunque, un’indicazione molto chiara, risiedente nella genesi temporale delle norme internazionali generalmente riconosciute, poiché, secondo la Corte, è necessario distinguere tra norme perfezionate prima e dopo l’entrata in vigore della Costituzione. Nel caso in cui si trattasse di norme formatesi successivamente alla vigenza della Costituzione, per nessun motivo potrebbe giustificarsi una violazione dell’art. 10 Cost. Tale *discrimen* era già noto alle tesi di La Pergola e, nel caso *Russel*, non sembra fornire indicazioni univoche sul trattamento interno di tali fonti. Ad ogni modo, non si tratta di un argomento del tutto convincente. In primo luogo, perché è particolarmente difficile determinare esattamente il momento in cui una norma generale viene in essere, dal

restando titolari del diritto di azione, avrebbero il privilegio di non poter esser convenuti in giudizio, con conseguente violazione degli articoli 3, primo comma, e 10, secondo comma, Cost.”

²¹² Secondo la Corte “Occorre comunque affermare, più in generale, per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l’entrata in vigore della Costituzione, che il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall’articolo 10 della Costituzione non potrà in alcun modo consentire la violazione di principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione”.

momento che il processo di formazione delle norme generali è frutto di una evoluzione. Tuttavia, la sentenza resta emblematica nella misura in cui attraverso essa la Corte mette in luce la sua chiara volontà di conferire rango costituzionale al diritto internazionale generalmente riconosciuto, atteso che esso, secondo la Consulta, incontra il solo limite dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale²¹³.

Altro punto fermo per la Corte costituzionale è la sua competenza a giudicare la violazione dell'art. 10 Cost. da parte di norme interne, come precisato recentemente nella sent. 131/2001 caso *A. P.*, relativa alla presunta violazione degli artt. 3 e 10 Cost. da parte del d.p.r. 237/64 e della legge 555/1912, nella parte i cui gli stessi non prevedono che siano esenti dall'obbligo di leva coloro i quali abbiano perso volontariamente la cittadinanza italiana, acquisendo quella di un altro Stato. Nel caso in esame, la Corte sostiene che “una normativa che continuasse a richiedere il servizio militare ai non cittadini contrasterebbe la norma generale internazionale, violando la Costituzione”. Più nel dettaglio, la Corte costituzionale italiana, con sentenza n. 131 del 15 maggio 2001 ha affermato l'incostituzionalità di una normativa italiana che prevedeva l'obbligo di leva nei confronti di cittadini di altri Stati, in quanto in conflitto con l'articolo 10 comma 1 Cost. che introduce nel nostro ordinamento la norma di diritto internazionale consuetudinario che vieta agli Stati di imporre obblighi militari a cittadini stranieri. Nel caso specifico la Corte viene adita dalla Corte militare di appello con ordinanza del 7 aprile 2000 con la quale chiede di verificare la legittimità costituzionale di una disposizione del d.p.r. n. 237 del 14 febbraio 1964 relativa alla Leva ed al reclutamento obbligatorio in combinato disposto con l'articolo 8 della legge italiana sulla cittadinanza n. 555 del 13 giugno 1912, poiché dalla loro interpretazione si desume l'obbligo della leva per coloro che abbiano perduto la cittadinanza italiana e acquistato la cittadinanza di un altro Stato. Il signor A.P. aveva volontariamente perso la cittadinanza italiana, acquistando quella canadese, ma il Tribunale militare di Padova lo aveva imputato del reato di mancanza alla chiamata conseguente all'assenza dal servizio militare, condannandolo con due distinte pronunce. Tuttavia, il giudice adito in seconda istanza, la Corte militare di appello, decideva di sospendere il procedimento e di sollevare la questione della costituzionalità delle predette disposizioni italiane con riferimento al diritto internazionale consuetudinario immesso in Italia mediante l'articolo 10 comma primo Cost. La Corte costituzionale, considerando fondata la questione, dichiara l'incostituzionalità delle disposizioni italiane per contrasto

²¹³ Orientamento confermato, in particolare, nelle sentt. 54/1979 e 15/1996.

con la norma consuetudinaria che vieta d'imporre obblighi militari a cittadini stranieri, applicabile come norma di rango superiore per effetto del rinvio operato dall'articolo 10 Cost.

Sono, dunque, questi gli unici punti fermi nella ricostruzione della Corte, dal momento che restano nell'ombra numerose questioni, relative, in primo luogo, alla competenza. È pur vero che la Consulta si riconosce il diritto di sindacare l'asserita violazione di una norma di diritto internazionale generale da parte di una norma interna, ma non sembra chiaro se questa debba intendersi come prassi, dal momento che la Corte non chiarisce in maniera univoca se è sempre necessario il ricorso dinanzi ad essa per la risoluzione delle antinomie, oppure se tale competenza può spettare al giudice comune, il quale dovrebbe considerare abrogate le norme interne contrastanti con le norme internazionali generali successive. Questa, invero, era l'impostazione desunta ad una prima lettura dell'art. 10 Cost., modificata, tuttavia, dall'autorevole voce della Corte costituzionale, la quale, probabilmente, ha tentato di elevare il rango delle fonti introdotte *ex art. 10 Cost.*, al fine di evitare violazioni delle consuetudini attraverso l'attuazione del criterio della *lex posterior*. In altre parole, la Consulta pare sciogliere un nodo fondamentale in materia di rapporti tra fonti, sostenendo il rango costituzionale delle norme di diritto internazionale generale²¹⁴. La conseguenza fondamentale è che in caso di antinomie tra norme interne e norme di diritto internazionale generale saranno queste ultime a prevalere²¹⁵, poiché le norme interne si porrebbero in contrasto con l'art. 10 Cost.

Tale questione potrebbe essere risolta solo chiarendo se l'art. 10, comma primo Cost. sia da considerare o meno come l'espressione di un principio supremo dell'ordinamento costituzionale, poiché se non lo fosse, le norme internazionali generali avrebbero la medesima forza attiva e passiva delle norme costituzionali e potrebbero essere modificate da queste. Se l'art. 10 Cost. fosse, al contrario, ritenuto principio supremo, le fonti esterne godrebbero di una copertura "rinforzata", poiché essa sarebbe garantita, al contempo, da un principio fondamentale e da una norma sulla normazione, tale che la forza passiva sarebbe quella propria dei principi fondamentali, ponendosi tali norme a livello intermedio fra i principi e le norme costituzionali, perché "dotate di una formidabile forza passiva"²¹⁶.

²¹⁴ In particolare, sentt. 48/79 e 15/96.

²¹⁵ Cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, p. 94.

²¹⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 1999, p. 167.

3. Gli obblighi comunitari nella clausola di apertura dell'art. 11 Cost. tra dualismo e controlimiti

Quanto affermato finora sembra condurci ad un'affermazione rilevante relativa al Testo costituzionale italiano, poiché il modello in esso adottato in merito alla disciplina delle relazioni con l'ordinamento internazionale si ispira ad un principio generale di apertura. Tale orientamento è desumibile, in particolare, dalla lettura dell'art. 11 Cost., ove ad esso venisse attribuito il significato ispirato agli obiettivi assiologici esposti nell'Assemblea costituente. Com'è noto, in tale fase si sono intrecciate quattro istanze fondamentali²¹⁷, l'istanza internazionalista, quella pacifista, quella solidarista e quella di garanzia nei confronti del Parlamento, poi confluita nell'art. 80 Cost. Malgrado tale distinzione, appare chiaro che le diverse istanze perseguivano il medesimo obiettivo di aprire l'ordinamento italiano a quello internazionale, trasferendo sul proprio sul piano internazionale “quei principi di libertà, uguaglianza, e di sostanziale rispetto per la persona umana, che si voleva affermare ed attuare nell'ordine interno”²¹⁸. Tali istanze sono, dunque, confluite all'interno del testo dell'art. 11 Cost., poiché, oltre alla clausola relativa al rifiuto della guerra, derivante dall'istanza pacifista, in esso è contenuta la norma cardine del rapporto con l'ordinamento internazionale: le limitazioni di sovranità²¹⁹ sono consentite esclusivamente nei confronti di quegli ordinamenti che perseguono il fine di assicurare la pace e la giustizia fra le nazioni.

Quel che a noi interessa è cercare di comprendere la ragione per la quale l'art. 11 Cost. è divenuta la “clausola europea” della Costituzione italiana e come esso ha aperto tale ordinamento a quello dell'Unione. Come si accennava in precedenza, molti Stati membri dell'Unione Europea hanno proceduto alla modifica delle Costituzioni al fine di introdurre delle basi solide, capaci di legittimare il processo di integrazione europea. Tuttavia, tale percorso non è stato seguito da ogni singolo ordinamento, poiché in alcuni di essi il fondamento costituzionale dell'integrazione europea è ancora oggi rintracciabile in

²¹⁷ Cfr. A. CASSESE, *sub art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 461 e ss.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 469.

²¹⁹ Tale concetto appare essere usato in senso lato, ovvero inteso come imposizioni di obblighi che vincolano lo Stato. L'art. 11 Cost., peraltro, specifica che l'Italia acconsente a tali limitazioni di sovranità “in condizioni di parità”, ma tale termine non è usato nel senso di reciprocità, poiché il costituente redige tale articolo pensando, in particolare, all'ONU, dunque ad un'organizzazione che prevede condizioni di privilegio per alcuni Stati, definiti membri permanenti. Ciò significa che l'uguaglianza non è una condizione necessaria secondo l'art. 11 Cost., poiché le disparità possono essere accettate nella misura in cui esse sono giustificate dall'orientamento assiologico, mantenere la pace e garantire la giustizia fra le nazioni. In particolare, cfr. A. CASSESE, *sub art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., p. 581 e ss.

clausole generiche preesistenti al fenomeno comunitario, sovente definite quali clausole “meramente abilitanti”²²⁰. In tal senso, il caso emblematico è proprio quello dell’ordinamento italiano, all’interno del quale, nel momento della nascita delle Comunità Europee negli anni Cinquanta, si è ritenuto che l’art. 11 Cost. potesse costituire una base costituzionale adeguata per aprirsi all’ordinamento comunitario. In effetti, il riferimento alle “limitazioni di sovranità” per favorire un “ordinamento internazionale che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni”, di cui all’art. 11 Cost., “è parso una base adeguata per giustificare l’imponente cessione di competenze e poteri a beneficio della Comunità e dell’Unione europea”²²¹, benché la disposizione non contenesse alcun riferimento esplicito al processo di integrazione. Il linguaggio sufficientemente generico di tale articolo ha fatto sì che esso potesse essere inteso come clausola europea, potendo ricomprendere al suo interno tanto l’esperienza dell’integrazione europea quanto altre forme di organizzazioni internazionali²²². La mancanza di riferimenti espliciti, tuttavia, non si è mai tradotta in un atteggiamento di chiusura verso i progetti di integrazione, ma è, piuttosto, definibile come una prudenza di forma che non intendeva pregiudicare la partecipazione dell’Italia all’integrazione europea.

Malgrado tale atteggiamento propositivo, è innegabile che l’impostazione fondamentale dei rapporti tra l’ordinamento italiano e l’Unione Europea è basata sulla separazione tra ordinamenti, quindi sulla teoria dualista, ed “è stata ereditata dall’approccio tradizionalmente dualista dello Stato italiano nei confronti delle norme appartenenti ad altri ordinamenti”²²³. In questo contesto, l’adesione all’allora Comunità europea veniva vista come adesione ad una normale organizzazione internazionale ed i rapporti venivano inseriti nella tradizione dualista. Tale visione, peraltro, veniva sostenuta da una consolidata giurisprudenza costituzionale che appare essere ancora attuale, dal momento che la Consulta, in particolare con la sentenza *Granital* 170/1984, ha accolto pacificamente l’impostazione dualista, ancor più evidente nella “dottrina dei controlimiti”. In effetti, i rapporti tra ordinamento comunitario ed interno sembrano basarsi su due criteri; da un lato, la separazione dei due ordinamenti, in virtù della quale ognuno di essi può determinare i rapporti giuridici di propria competenza e, dall’altro, la dottrina dei controlimiti, la quale

²²⁰ G. GERBASI, *Le tutele euro-costituzionali dei diritti fondamentali tra Corti e fonti normative*, cit., p. 62.

²²¹ M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, cit., p. 6.

²²² *Ibidem*, p. 7. Gli autori mettono in luce che tale atteggiamento prudente della Costituzione italiana possa essere ascrivibile a delle ragioni particolari, atteso che nel redigerlo il Costituente aveva in mente anche il processo di integrazione europea, il quale, tuttavia, non trova menzione per non pregiudicare le relazioni internazionali con altri ordinamenti, in particolare con gli Stati Uniti, nei confronti dei quali l’Italia era legata da un debito storico.

²²³ M. CARTABIA *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., p. 130.

presuppone che le norme comunitarie rispettino gli ambiti di propria competenza ed i valori fondamentali dell'ordinamento italiano. Dunque, i controlimiti divengono quelle condizioni alle quali l'ordinamento nazionale limita la propria sovranità in favore di altri ordinamenti.

Ciò ci induce a sostenere che, con ogni probabilità, la dottrina dei controlimiti appare più propositiva rispetto all'impostazione dualista del rapporto tra ordinamenti, nella misura in cui “tende ad introdurre degli elementi di integrazione, in quanto esige che alcuni valori fondamentali siano condivisi dalle istituzioni comunitarie e siano da esse rispettati”²²⁴. Ciò appare dimostrare l'affermazione iniziale, secondo la quale i modelli “puri” relativi al rapporto tra ordinamenti non sembrano trovare attuazione nella realtà, dal momento che paiono stemperati da taluni fattori, quali, nel caso di specie, la dottrina dei controlimiti, che, lungi dall'essere un elemento di negatività, acquisisce connotati positivi nella misura in cui tende a proiettare i valori dell'ordinamento nazionale a livello comunitario.

Appare, dunque, necessario comprendere come l'ordinamento italiano, per il tramite della Corte costituzionale, sia riuscito a porre un argine al diritto comunitario, a difesa del “nucleo duro” della Carta costituzionale, partendo dall'affermazione già precedentemente esposta secondo la quale la dottrina dei controlimiti non pare contenere solo elementi di negatività; al contrario, essa viene elaborata proprio nel percorso che vede l'ordinamento italiano riconoscere una peculiarità a quello comunitario, visto come *sui generis* e capace di derogare al dettato costituzionale²²⁵. In effetti, fintanto che la Corte attribuiva alle leggi di esecuzione dei trattati comunitari forza di legge ordinaria, il “nucleo duro” della Costituzione non poteva essere leso in alcun modo, nella misura in cui la legge ordinaria avrebbe potuto derogare alle norme comunitarie, in forza del principio *lex posterior derogat priori*.

Com'è noto, tale impostazione ha conosciuto un'evoluzione netta e lungo un percorso volto ad avvicinare le posizioni della Corte costituzionale e quelle della Corte di Giustizia. Per quanto le due Corti partissero da assunti e punti di vista totalmente differenti – da un lato, la prospettiva monista della Corte di Giustizia, secondo la quale la chiave di

²²⁴ *Ibidem*, p. 134.

²²⁵ Peraltro, tale assunto era già stato espresso dalla Corte di Giustizia nella sent. *Van Gend & Loos* 26/1962, nella quale si afferma che i trattati UE non costituiscono un semplice accordo sulla base del quale gli Stati si sono assunti delle reciproche obbligazioni, ma con essi le parti contraenti hanno inteso dare vita ad un ordinamento che persegue il fine di realizzare un mercato comune, il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della Comunità. Ciò si deduce, in primo luogo, dal Preambolo del trattato in cui viene fatto riferimento ai popoli, ai governi ed agli organi che, detentori di poteri sovrani, li esercitano nei confronti degli Stati e dei cittadini.

volta dell'integrazione è da rintracciarsi nel primato delle norme UE, dall'altro, la visione dualista della Corte costituzionale, estremizzata dalla teoria dei controlimiti – le loro divergenze, apparentemente insanabili, hanno iniziato a convergere. È appena il caso di richiamare il “cammino comunitario”²²⁶ della Consulta, nel corso del quale il rifiuto dei principi cardine dell'ordinamento comunitario si è trasformato in una totale accettazione, fatti salvi i controlimiti²²⁷. In effetti, appare innegabile l'esistenza di limiti materiali nei rapporti tra ordinamento costituzionale ed altri ordinamenti, nonché in riferimento agli stessi limiti alla revisione costituzionale. Tali limiti risiedono nel “nucleo duro” della Costituzione, dunque in quella parte della Carta capace di limitare la discrezionalità del legislatore, poiché essa è costituita da un insieme di principi immutabili, atteso che essi condizionano, caratterizzano o, addirittura, reggono, l'intero sistema costituzionale, qualificandone l'architettura e la fisionomia, cioè la struttura e l'identità²²⁸. Si tratta, dunque, di principi supercostituzionali, sulla cui base si erge l'intero assetto costituzionale e, per tale ragione, la loro modifica comporterebbe la sovversione del sistema²²⁹.

Le problematiche appena richiamate erano già ben note alla Corte costituzionale, poiché essa si era trovata a risolvere questioni relative ai principi supremi in relazione al rapporto con la Chiesa Cattolica, dal momento che i Patti lateranensi, godendo della copertura costituzionale garantita dall'art. 7 Cost., non possono essere abrogati, ma, al contempo, essi non possono intaccare il nucleo duro della Carta. La Consulta si era,

²²⁶ Le prime e più famose affermazioni in merito al rapporto tra norme interne e norme comunitarie sono contenute nella sent. 14/1964, con la quale la Consulta affermava che l'antinomia tra tali norme doveva essere risolta secondo gli ordinari principi della successione delle leggi nel tempo, negando, di fatto, il primato del diritto comunitario. Successivamente, con la sent. 98/1965, la Corte accettava che la partecipazione all'UE potesse comportare parziali deroghe alle norme costituzionali, fatti salvi i diritti fondamentali, una posizione, quest'ultima, ripresa nella sent. 183/1973, nella quale il riferimento alle limitazioni di sovranità appariva più marcato, riconoscendo, seppure in forma embrionale, il principio della primazia del diritto dell'UE e la conseguente diretta applicabilità. La successiva sent. 232/1975, probabilmente una delle più eloquenti in materia di controlimiti, interrompeva la prassi di riprodurre i regolamenti comunitari in norme interne, garantendo diretta applicabilità e primazia alle norme comunitarie. Tuttavia, il mancato riconoscimento del potere di applicazione diretta delle norme comunitarie al giudice *a quo* continuava ad incontrare la censura della Corte di Giustizia, tanto da indurre la Consulta ad accettare il suo punto di vista con la sent. 170/1984, che consentiva al giudice ordinario la disapplicazione delle norme interne contrastanti con il diritto comunitario, indipendentemente dalla sua entrata in vigore. Tale posizione viene precisata con la sent. 168/1991, con la quale la Consulta chiarisce che non si tratta di disapplicazione, ma, piuttosto, di “non applicazione” di quella norma ad una determinata fattispecie, riconfermando la sua visione dualista, già chiara nella sentenza 170/1984. Per un approfondimento delle sent. in materia di controlimiti, in particolare cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili...*, cit., p. 3.

²²⁷ S. GAMBINO *I diritti fondamentali dell'Unione Europea fra 'Trattati' (di Lisbona) e Costituzione*, in *federalismi.it* n. 1/2010.

²²⁸ *Ibidem*, p. 17.

²²⁹ Tali principi, secondo la teoria di Mortati, costituiscono parte integrante della Costituzione materiale, dunque il Testo costituzionale realmente vigente all'interno di un dato ordinamento in un dato momento storico, tenuto conto delle forze politiche dominanti e dallo scopo da esse perseguito. Cfr. C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998, pp. 154 e ss.

dunque, già espressa in tal senso²³⁰, ponendo dei controlimiti alle norme del Concordato, sostenendo, dunque, che le norme immesse *ex lege* 810/1929 godono di una copertura costituzionale, ma non possono sottrarsi al sindacato della Corte Costituzionale, almeno per l'accertamento della loro conformità ai principi supremi dell'ordinamento. Tale orientamento appare confermato nella sent. 1146/1988, con la quale la Corte non soltanto riprende il concetto di controlimite, ma chiarisce, finalmente, cosa debba intendersi per principi supremi dell'ordinamento costituzionale²³¹. In tal modo, tali limiti non soltanto divengono inviolabili, ma essi vengono intesi come *principia*, ovvero elementi fondamentali, portanti ed immodificabili²³². Ci si riferisce, dunque, tanto ai limiti espliciti quanto a quelli impliciti di revisione costituzionale²³³.

È corretto, a questo punto, domandarsi per quale ragione la Corte costituzionale italiana abbia posto dei controlimiti al primato del diritto dell'Unione Europea, constatando che una prima ragione è senza dubbio attribuibile alla forte preoccupazione relativa alla salvaguardia dei diritti fondamentali in ambito europeo. In tal senso, appare innegabile la valenza positiva dei controlimiti, poiché essi sono divenuti un impulso per l'elaborazione di una tutela dei diritti nello spazio europeo. Tuttavia, è difficile credere che questa possa costituire l'unica ragione alla base di una siffatta dottrina, in particolare se si tiene in debita considerazione il fatto che il diritto dell'UE può comportare delle deroghe al dettato costituzionale, in particolare alle disposizioni relative all'esercizio della funzione legislativa. In questo contesto, la Consulta, accettati i principi cardine di diretta applicabilità e primazia delle norme UE, esige che tali deroghe siano circoscritte, ovvero che non ledano i principi supremi dell'ordinamento ed i diritti fondamentali, poiché essi tratteggiano il volto dell'ordinamento e contravvenire ad essi equivarrebbe alla loro negazione, alla perdita di un'identità riprodotta dal Testo costituzionale²³⁴.

²³⁰ Si vedano le sentt. 30, 31, 32 del 1971 e 18/1982 relative ai rapporti tra Stato e Chiesa.

²³¹ “La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”. Con tale pronuncia la Corte colma un'importante lacuna, poiché la Costituzione italiana non individua i principi insuscettibili di modificazione, ad eccezione dell'art. 139 Cost.

²³² M. CARTABIA, *Principi inviolabili...*, cit., p. 7.

²³³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1242.

²³⁴ È ciò che la Corte sostiene nella sent. *Frontini* 183/1973 allorché chiarisce che “in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; deve quindi escludersi che siffatte limitazioni [...] possano comunque comportare per gli organi CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi dell'art. 189 una sì aberrante

La posizione assunta dalla Corte costituzionale appare, ad una sommaria e poco attenta lettura, un modo per arroccarsi dietro l'ultimo baluardo della sovranità, facendo presente all'Unione Europea che vi sono luoghi difesi all'interno del Testo costituzionale. Tuttavia, la Consulta si spinge molto più in là, arrogandosi il diritto di vigilare sul rispetto di alcuni principi fondamentali della Costituzione, nel tentativo di proteggerla da orientamenti antidemocratici. Così, dunque, la Corte sembra lanciare un avvertimento all'UE, il quale ha solide basi costituzionali, poiché se si verificasse la circostanza in cui le istituzioni dell'Unione si dimostrassero del tutto insensibili ai diritti della persona ed ai principi fondamentali, crollerebbero le basi costituzionali che legittimano le limitazioni di sovranità²³⁵. Ecco, quindi, che diviene necessario utilizzare delle cautele terminologiche nel riferirsi ai controlimiti, poiché è poco condivisibile quell'orientamento secondo il quale essi non sono altro che un'arma scarica. Non v'è dubbio che i controlimiti siano animati da uno spirito difensivista contro quelle norme che hanno origine al di fuori dei confini statali; tuttavia, più che scarica essi appaiono un'arma riposta nella fondina, ma azionabile in qualsiasi momento²³⁶, restando innegabilmente un luogo difeso della Carta costituzionale.

La Consulta, tuttavia, chiarisce fin da subito che i controlimiti non sono da intendersi come prassi; al contrario essi divengono, una *extrema ratio*, una "aberrante interpretazione", un qualcosa di "sommamente improbabile"²³⁷, che essa stessa tenta di evitare in ogni modo²³⁸. I controlimiti sono destinati, dunque, a subire delle evoluzioni,

interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del trattato con detti principi fondamentali". Tale posizione sarà ripresa nella sent. *Granital* 170/1984, nella quale la Corte riafferma che "Questo Collegio ha nella sent. n. 183 del 1973 già avvertito come la legge di esecuzione del trattato possa andare soggetta al suo sindacato in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento e ai diritti inalienabili della persona umana, nell'ipotesi contemplata, sia pure come improbabile, al n. 9 della parte motivata di detta pronuncia". Ancora, con la sent. *Fragd*, la Consulta confermerà tale filone giurisprudenziale, inaugurato nel lontano 1965, sostenendo che "ciò che è sommamente improbabile è pur sempre possibile", ovvero chiarendo che se anche le norme UE difficilmente potrebbero "urtare" contro il nucleo duro della Costituzione, ciò non è da escludere, per cui tutelarsi appare l'unica via percorribile.

²³⁵ Cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili...*, cit., p. 109.

²³⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in rivistaaic.it, p. 3. Si vedano inoltre S. GAMBINO, *La protezione "multilevel" dei diritti fondamentali (fra Costituzione, trattati comunitari e giurisdizioni)*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, II, Napoli, 2008, pp. 1007 ss.; G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009, pp. 171 ss.; A. RANDAZZO, *I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?*, in www.forumcostituzionale.it

²³⁷ Si vedano le sentt. *Frontini* e *Fragd*. Peraltro, in quel determinato periodo storico, l'eccezionalità dell'ipotesi veniva confermata dal fatto che l'UE aveva competenze soltanto in materia economica.

²³⁸ Il caso emblematico è costituito proprio dalla sent. *Fragd*, 232/1989, in cui la Corte si trovava costretta ad affrontare un caso di contrasto tra norma comunitaria e un principio supremo dell'ordinamento, ovvero un'antinomia tra la prassi seguita dalla Corte di Giustizia di limitare gli effetti retroattivi delle proprie pronunce di invalidità degli atti normativi ed il diritto alla tutela giurisdizionale, sancito dall'art. 24 Cost. Tale questione, sollevata dinanzi alla Corte, mette in luce la volontà della Consulta di evitare di far valere i controlimiti.

poiché se essi nascono come condizione delle limitazioni di sovranità, divengono, in breve, una limitazione al primato del diritto dell'UE²³⁹.

Nel soffermarsi su tali tematiche, non si può prescindere dal ruolo assunto dalla Corte costituzionale, poiché essa si è spinta ben oltre il dettato dell'art. 134 Cost., pronunciandosi sull'esistenza di un nucleo duro nella Costituzione, costituito da un insieme di valori che non possono subire modificazioni, a pena dell'alterazione dell'identità costituzionale dell'ordinamento²⁴⁰. Dunque, il Giudice delle leggi afferma con chiarezza che tale patrimonio costituzionale si presta alle valutazioni dei suoi rapporti con l'ordinamento internazionale e con quello comunitario, mettendo in luce, ancora una volta, una prospettiva dualista nella visione di tali rapporti. In effetti, la dottrina dei controlimiti è basata sulla preminenza dei valori nazionali, determinando la disapplicazione della norma comunitaria contrastante e presupponendo una logica inversa a quella del monismo, in cui i valori dominanti sono quelli dell'ordinamento superiore. Tale orientamento appare confermato anche dalle più recenti pronunce della Consulta in merito, dal momento che la sent. 102/2008, pur ragionando in termini di integrazione tra ordinamenti, si preoccupa di ribadire il limite “dell'intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione”²⁴¹ ed in termini analoghi si era precedentemente espressa la sent. 349/2007²⁴², richiamata, non a caso, in quella sede. Eppure, si tratta di pronunce in cui il concetto dell'integrazione tra ordinamenti appare una colonna portante; basti ricordare che la sent. 102/2008 è stata emanata sulla base del primo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia promosso dalla Consulta tramite l'ordinanza 103/2008. Resta, dunque, da chiarire come quest'ottica dell'integrazione possa coesistere con la riserva di un sindacato sugli atti dell'Unione da parte delle supreme Corti nazionali. A tale proposito sembrano potersi riconoscere due distinte fasi nella dottrina dei controlimiti, poiché in un primo momento essa rispondeva, senza dubbio, ad un'impostazione dualista, nella misura in cui all'ordinamento nazionale era consentito ritrarsi dinanzi a quello dell'Unione a condizione che quest'ultimo non

²³⁹ Cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili...*, cit., p. 116. L'Autore si sofferma sull'analisi della minaccia costituita dai controlimiti nei confronti dell'uniforme applicazione del diritto comunitario, dal momento che una dichiarazione di incostituzionalità di un atto comunitario per mancato rispetto dei diritti fondamentali e dei principi supremi consentirebbe all'Italia di derogare al dettato comunitario, disciplinando quella fattispecie con norme proprie.

²⁴⁰ Cfr. S. GAMBINO, *I diritti fondamentali dell'Unione Europea fra 'Trattati' (di Lisbona) e Costituzione*, cit., p. 20.

²⁴¹ Sent. 102/2008.

²⁴² Secondo la Corte, non è ipotizzabile, allo stato, una limitazione di sovranità nell'ambito dei diritti fondamentali.

andasse a ledere i principi supremi dell'ordinamento ed i diritti inalienabili della persona umana. In questa fase appariva del tutto adeguata l'affermazione secondo cui la legge di ratifica del Trattato poteva divenire oggetto del vaglio della Corte, con le estreme conseguenze che ne potevano derivare. Tuttavia, successivamente alla sent. *Granital*, si configura un modello differente dei rapporti tra ordinamenti, tendente all'integrazione, dal momento che "i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato"²⁴³. L'ottica dualista non viene, dunque, accantonata, ma la Corte scorge punti di contatto tra i due ordinamenti, si incammina verso il concetto di integrazione ed una nuova configurazione dei controlimiti, inaugurata dalla sent. *Fragd*, con la quale il giudizio si sposta dall'intera legge di esecuzione del Trattato alle singole norme emanate dall'Unione Europea²⁴⁴. La svolta è evidente nella misura in cui la Corte prende atto che lo Stato è parte integrante dell'ordinamento comunitario ed abbandona quella logica sottesa ai controlimiti ed in virtù della quale l'ordinamento arretrava dinanzi a quello comunitario, per cedere il posto ad una visione in cui l'ordinamento si apre ai valori europei, poiché essi sono la base di un ordinamento integrato, di cui l'Italia è parte. Semplicemente, in relazione a norme che sono suscettibili di intaccare il nucleo essenziale dei principi costituzionali, lo Stato rivendica l'esclusività del suo sistema normativo, necessariamente destinato a prevalere su quello espresso dall'ordinamento in favore del quale opera la limitazione di sovranità, contribuendo a definire i controlimiti come un'*extrema ratio*, a cui difficilmente si potrebbe ricorrere²⁴⁵. Così intesa, la riserva dei "controlimiti", può ben convivere con il concetto di integrazione, poiché esso, pur basandosi sull'"apertura dell'Italia alle più impegnative forme di collaborazione e organizzazione internazionale"²⁴⁶ richiede di bilanciare il principio della limitazione di sovranità con gli altri principi che trovano pieno riconoscimento e non meno intensa garanzia.

²⁴³ Sent. 170/1984.

²⁴⁴ Nella sent. 232/1989 la Corte costituzionale afferma che nonostante "i diritti fondamentali desumibili dai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri costituiscano [...] parte integrante ed essenziale dell'ordinamento comunitario" non può "venir meno la competenza [della Corte costituzionale] a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una *qualsiasi* norma del Trattato, così come essa è *applicata* dalle *istituzioni e dagli organi comunitari*, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana".

²⁴⁵ È noto che la teoria ha trovato attuazione esclusivamente nella sent. *Federfarma* 4207/2005 del Consiglio di Stato, contro la quale è stata emanata l'ordinanza 454/2006 della Corte costituzionale, al fine di chiarire che la pronuncia di Palazzo Spada era del tutto illegittima, non potendosi configurare un controllo diffuso dei controlimiti, spettando questo alla Consulta in maniera esclusiva.

²⁴⁶ Sent. 183 del 1973.

È necessario interrogarsi, a tal punto, sul ruolo che i controlimiti assumono oggi, all'interno di un sistema di integrazione che si è sforzato, negli anni, di dare pieno riconoscimento alla salvaguardia dei diritti fondamentali, ponendoli, peraltro, come *conditio sine qua non* per l'ingresso nell'UE di nuovi Stati. È innegabile, inoltre, che nel corso del tempo l'UE abbia pienamente accolto tutti i principi su cui si fondano le democrazie liberali, rendendo pressoché impossibile la violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento italiano, ovvero i diritti inalienabili della persona umana²⁴⁷. Volendo analizzare la questione, si può facilmente dedurre che oggi l'accezione negativa di "controlimiti" deve necessariamente essere messa da parte, poiché essi non possono qualificarsi ancora come quel muro di protezione innalzato dagli Stati in difesa di un'integrazione capace di crescere in maniera repentina, pur "dimenticando" di apprestare tutela ai diritti fondamentali. Ciò appare ancora più vero in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le cui disposizioni hanno inequivocabilmente "europeizzato"²⁴⁸ i controlimiti²⁴⁹. Il profilo innovativo di tale "europeizzazione" va "rinvenuto nella logica di inclusione di cui essa pare auspicabilmente essere espressione piuttosto che nella opposta ed angusta prospettiva escludente"²⁵⁰. Da tale punto di vista, il meccanismo dei controlimiti potrebbe – dovrebbe – subire una evoluzione netta, poiché se fino ad oggi la violazione dei principi costituzionali da parte del diritto comunitario avrebbe potuto condurre alla sanzione della legge di esecuzione del Trattato, almeno "nella parte in cui..", in virtù delle nuove disposizioni si potrebbe assistere ad una censura dell'atto comunitario da parte della Corte di Giustizia per violazione di un principio fondamentale del Trattato. In questa prospettiva, *nulla questio* relativamente alla valenza positiva dei controlimiti, dal momento che ciò incentiverebbe il dialogo tra Corti, convertirebbe lo scudo nazionale in patrimonio comune, "tranquillizzerebbe" gli Stati e favorirebbe lo stesso processo di

²⁴⁷ Cfr. A. RANDAZZO, *I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?*, cit., p. 2.

²⁴⁸ In particolare, A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO, *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino 2006.

²⁴⁹ Si pensi all'art. 2, secondo il quale "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a una minoranza. Questi valori sono comuni agli Stati membri di una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini". Senza dubbio più eloquente l'art. 4, il cui tenore letterale mette in luce la volontà di prestare un'attenzione crescente alla problematica dei diritti fondamentali: "L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale".

²⁵⁰ Cfr. G. GERBASI, *Forme e strumenti del (necessario) dialogo giudiziario nella complessa (e sui generis) architettura giudiziaria europea*, in *Civitas Europa* 20/2008, p. 62.

integrazione. Tuttavia, quantomeno in questa fase dell'integrazione, in cui la difficoltà di comunicazione tra Corti è ancora evidente e i tentativi di salvaguardare le proprie identità sono tuttora palesi²⁵¹, la disposizione contenuta nell'art. 4 del Trattato di Lisbona rischia di divenire una mera clausola di stile, difficilmente applicabile. In effetti, appare quantomeno improbabile che la Corte di Giustizia voglia colpire con la sanzione dell'annullamento una norma comunitaria, facendo prevalere la normativa nazionale. Ciò comporterebbe una sottomissione alle Corti costituzionali, ma, soprattutto, si porrebbe in netto contrasto con i principi affermati a partire dalla sent. *Costa/ENEL*. Soltanto il dialogo tra le Corti, dunque, potrebbe far emergere la valenza positiva di tale disposizione, poiché ciò non comporterebbe una perdita della sovranità, ma, piuttosto, si configurerebbe come una cooperazione fra soggetti di pari dignità. In una prospettiva *de iure condendo*, lo strumento del rinvio pregiudiziale, anche "rovesciato", diviene quello privilegiato al fine di attivare un circolo virtuoso, fondato sul dialogo. In tal modo, la stessa Corte di Giustizia, prima di pronunciarsi sulla violazione della disposizione contenuta all'art. 4 del Trattato di Lisbona, potrebbe porre una questione interpretativa alle Corti costituzionali nazionali, al fine di comprendere significato e portata di quel controlimito che appare lesa da una disposizione comunitaria²⁵².

Tale interpretazione mette in luce una valenza estremamente positiva dei controlimiti, la quale, tuttavia, è stata in qualche misura celata da una lettura delle sentenze della Corte costituzionale volta a cogliere soltanto lo spirito difensivista della dottrina. Eppure i controlimiti sono da sempre qualcosa di più che l'ultimo baluardo della sovranità, poiché essi sono, indubbiamente, un luogo difeso, un limite, un modo attraverso il quale gli Stati dicono all'Unione che collaboreranno *fintantoché*; tuttavia essi devono essere visti, altresì, come quello strumento in grado di portare i valori fondamentali dello Stato oltre i

²⁵¹ Volgendo lo sguardo oltre il confine nazionale, non si possono non richiamare le pronunce del Tribunale Costituzionale tedesco, con cui è stata difesa la sovranità nazionale, operando, poi, qualche "concessione" all'integrazione europea. Ci si riferisce, chiaramente, ai casi *Lissabon-Urteil* e *Mangold-Urteil* con cui il Tribunale costituzionale ha ripreso la teoria dei controlimiti, al fine di riaffermare la sovranità statale, tanto da porre un freno all'integrazione sovranazionale. Sul punto, B. GUASTEFERRO, *Il Trattato di Lisbona tra il "custode" della sovranità popolare e il "custode" della Costituzione: la triplice "riserva" apposta al Trattato dal Bundesverfassungsgericht*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2010; G.M. FLICK, *A proposito della sentenza del Bundesverfassungsgericht: un bicchiere mezzo vuoto o mezzo pieno?*, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/19_10_09_Flick.pdf; J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europafreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte federale Tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. Dir. Pubbl.Com.*, 2009; S. CASSESE, *L'Unione Europea e il quinzaglio tedesco*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 9/2009.

²⁵² Cfr. A. RUGGERI, *"Trattato costituzionale" e prospettive di riordino del sistema delle fonti europee e nazionali, al bivio tra separazione ed integrazione*, in *DPCE* 2/2005; Id., *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0008_ruggeri.pdf.

confini dello Stato, incentivando un'integrazione basata su questi. Sembra essere proprio questo l'obiettivo cui tende l'art. 4 del Trattato di Lisbona, un'Unione in grado di rispettare le peculiarità costituzionali di ogni ordinamento. Si tratta, senza dubbio, di un qualcosa di meno ambizioso rispetto al Trattato costituzionale²⁵³, poiché l'identità nazionale diviene elemento cardine, si sostituisce, dunque, all'identità comune a cui aspirava il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Tralasciando gli interessanti dibattiti relativi alla mancata ratifica di tale Atto, quel che a noi interessa è mettere in luce che nel Trattato di Lisbona emerge in maniera inequivocabile la necessità – ancora molto sentita – degli Stati di sentirsi rispettati nelle loro particolarità. Su questo terreno, i controlimiti possono convertirsi in uno strumento dialogico in grado di favorire l'integrazione, rimanendo, al contempo, meccanismo fondamentale per salvaguardare le colonne portanti dell'architettura costituzionale dello Stato. Volendo far riferimento alle teorie del rapporto tra ordinamenti, appare chiaro che in una prospettiva monista la teoria dei controlimiti non potrebbe sopravvivere, poiché questa lettura accoglierebbe come fondamentali i principi dell'ordinamento europeo, ponendolo come sovraordinato rispetto a quelli statali. Tuttavia, si è più volte sostenuto che le teorie classiche incontrano il limite fondamentale di non aver conosciuto il processo *sui generis* dell'integrazione europea, in cui gli ordinamenti, in particolare nel campo della salvaguardia dei diritti fondamentali, devono aprirsi all'altro, creando un circolo virtuoso, in cui la sistematica delle fonti del diritto non scompare, ma si evolve verso il principio *magis ut valeant*²⁵⁴. In questo contesto, i controlimiti tendono a salvaguardare la parte indisponibile della Costituzione, ma, soprattutto, si proiettano verso l'esterno, contribuendo a formare quel nucleo comune di valori cui l'integrazione deve ambire.

²⁵³ Il Trattato di Lisbona, all'art. 4, riprende la disposizione contenuta nell'art. I. 5 del Trattato costituzionale, quella che era stata definita una "metanorma" capace di presiedere alla relazione tra ordinamenti, prevedendo che se sono i Trattati a stabilire che l'Unione rispetti gli ordinamenti nazionali, essi stabiliscono al contempo di non applicare quella norma che non li rispetta, poiché si trova in conflitto anche con il diritto dell'Unione. Cfr. A. RUGGERI, "Trattato costituzionale" e prospettive di riordino del sistema delle fonti europee e nazionali, al bivio tra separazione ed integrazione, in DPCE 2/2005.

²⁵⁴ Cfr. A. RUGGERI, Costituzione europea, "deformalizzazione" delle dinamiche della normazione e bilanciamento di ordine assiologico nella prospettiva della costruzione di un ordinamento "intercostituzionale", in www.centrostudiparlamentari.it/index.php?option...it; Id., Rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

4. I vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione: un passo in avanti nel "cammino comunitario" e nel superamento della rigidità dualista.

Appare fondamentale, a tal punto, prendere in considerazione la svolta registrata dalla Costituzione italiana in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione e, in particolare, successivamente all'introduzione del primo comma dell'art. 117 Cost., secondo il quale "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e da quello internazionale". Tali nuove disposizioni hanno incontrato delle critiche severe da parte della dottrina, dal momento che la loro importanza è stata sottovaluta, vedendo nel primo comma dell'art. 117 Cost. una previsione "assolutamente pacifica", se non del tutto inutile²⁵⁵. Tali letture minimaliste non colgono le novità introdotte dalla disposizione *de qua*, ma si concentrano nel mettere in evidenza un dato fondamentale: le conclusioni cui si poteva giungere prima della riforma sono le medesime cui conduce il novellato 117 Cost. In effetti, il valore della disposizione viene sminuito sostenendo che essa voglia incidere solo sul rapporto tra ordinamenti, non perseguendo nessun altro fine²⁵⁶. Ciò sembrerebbe dimostrato, in particolare, dalla collocazione della disposizione, attraverso la quale il legislatore intendeva semplicemente sottolineare la "pari dignità" della legge statale e di quella regionale, poiché se i suoi obiettivi fossero stati più ambiziosi la norma avrebbe trovato ben altra collocazione. La collocazione della norma, in effetti, ha indotto autorevole dottrina a sostenere che l'art. 117 Cost. sia semplicemente una norma che chiarisce un dato fondamentale, e che la nuova distribuzione di competenze tra Stato e Regione non può in alcun modo comportare l'impossibilità di osservare gli obblighi internazionali²⁵⁷. Probabilmente la tesi che maggiormente potremmo condividere è quella secondo la quale la primazia del Trattato o, in generale, del diritto internazionale, resti garantita tanto prima della Riforma del Titolo V, quanto successivamente ad essa, poiché

²⁵⁵ R. ROMBOLI, *Premessa alle modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Foro.it*.

²⁵⁶ È la tesi di C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro.it*.

²⁵⁷ Si tratta della tesi, senza dubbio minoritaria, di E. CANNIZZARO, *La riforma "federalista" della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Rivista di dir. internazionale*, 2001, p. 928. Tuttavia, le tesi "minimaliste, trovano accoglimento anche presso l'Avvocatura di Stato, dal momento che nella memoria illustrativa delle disposizioni impugnate dal Tribunale di Genova in quella che sarà poi l'ordinanza n. 434 del 2005 della Corte costituzionale, si legge che la portata innovativa dell'art. 117 Cost. deve essere ridimensionata, poiché esso non altera il rango delle norme di origine internazionale.

questa deve essere assicurata, in primo luogo, sul piano interpretativo, ovvero facendo prevalere in ogni caso l'interpretazione normativa favorevole al Trattato²⁵⁸.

L'art. 117 Cost. primo comma, tuttavia, pare foriero di novità rilevanti, poiché esso distingue il vincolo comunitario da quello internazionale, prendendo atto della peculiarità insita all'Unione Europea e, inoltre, si pone come norma sulla normazione, dal momento che impone dei vincoli al legislatore. Più nel dettaglio, la disposizione “riveste l'importante posizione di indubitabile conferma della piena e consapevole adesione dello Stato italiano al processo di integrazione europea”²⁵⁹. Dunque, tale previsione riveste un indubbio valore, quello di costituzionalizzare il vincolo comunitario, rendendo reversibile la scelta europea solo attraverso la revisione della Costituzione. È innegabile, poi, che il primo comma dell'art. 117 Cost. assuma un valore integrativo rispetto alle disposizioni contenute nell'art. 11 Cost., poiché quest'ultimo costituisce la causa del vincolo comunitario, ma è l'art. 117 Cost. a spiegare cosa comporta tale vincolo e, al contempo, a garantirlo. Non è, dunque, un caso che la Corte costituzionale escluda che la disposizione in questione sia una mera riproduzione di altri precetti costituzionali preesistenti, quali gli artt. 10 e 11 Cost. e che essa sia operante solo nei rapporti tra Stato e Regione²⁶⁰, escludendo qualsiasi interpretazione minimalista e rendendo operativo il parametro costituito dall'art. 117 Cost. per dichiarare l'incostituzionalità di talune disposizioni legislative.

È innegabile, inoltre, che l'art. 117, primo comma Cost. imprima una svolta notevole nel cammino comunitario, costituzionalizzando il percorso compiuto dal Giudice delle Leggi in tale ambito. In effetti, fino alle recenti sentenze nn. 348 e 349 del 2007, e all'importante sent. n. 102 del 2008 – la quale, in relazione all'ordinamento comunitario, per la prima volta ragiona in termini di un ordinamento giuridico autonomo, *integrato* e *coordinato* con quello “interno” – la giurisprudenza costituzionale si era sviluppata, quanto meno sul versante ricostruttivo, a partire da una forte idea di “separazione”. La stessa sentenza n. 170 del 1984, cui si deve un'incisiva “revisione” dei suoi risvolti

²⁵⁸ È chiaro il richiamo alla giurisprudenza nord-americana. In particolare, cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit.; E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 140.

²⁵⁹ Cfr. G. D'ALESSANDRO, *Prime osservazioni sull'impatto della costituzionalizzazione del “vincolo comunitario” sulla giurisprudenza costituzionale*, in *Le istituzioni del federalismo* 2/2003, p. 212.

²⁶⁰ In particolare la sent. 348/2007, nella quale si sostiene che “l'utilizzazione del criterio interpretativo sistematico, isolato dagli altri e soprattutto in contrasto con lo stesso enunciato normativo, non è sufficiente a circoscrivere l'effetto condizionante degli obblighi internazionali, rispetto alla legislazione statale, soltanto al sistema dei rapporti con la potestà legislativa regionale. Il dovere di rispettare gli obblighi internazionali incide globalmente e univocamente sul contenuto della legge statale; la validità di quest'ultima non può mutare a seconda che la si consideri ai fini della delimitazione delle sfere di competenza legislativa di Stato e Regioni o che invece la si prenda in esame nella sua potenzialità normativa generale”.

applicativi, procede da quello che viene individuato come un “punto fermo della costruzione giurisprudenziale dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno: i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti”, benché “necessariamente coordinati”, con la conseguenza che “la fonte comunitaria” appartiene “ad altro ordinamento, diverso da quello statale”. L’idea di “separazione”, che a lungo ha governato la riflessione del Giudice delle leggi, non ha tuttavia sempre assunto il medesimo significato; in effetti, mentre le prime decisioni rimangono legate ad un’impostazione dualista tradizionale, ben presto la Corte se ne discosta, riconoscendo l’originalità del fenomeno comunitario. La sentenza n. 14 del 1964, che non esita a fare applicazione di categorie concettuali elaborate in relazione al generale problema dell’adattamento al diritto internazionale, risulta in questo senso assai emblematica. Vi si legge, infatti, che l’art. 11 Cost., pur consentendo la stipula e l’esecuzione con legge di trattati che comportino limitazioni di sovranità, “non implica alcuna deviazione dalle regole vigenti in ordine all’efficacia nel diritto interno degli obblighi assunti dallo Stato nei rapporti con gli altri Stati”. “Nessun dubbio”, sostiene la Corte, “che lo Stato debba fare onore agli impegni assunti e nessun dubbio che il Trattato spieghi l’efficacia ad esso conferita dalla legge di esecuzione”; tuttavia, dovendo “rimanere saldo l’impero della legge posteriore”, l’eventuale violazione delle clausole del Trattato, “se importa la responsabilità dello Stato sul piano internazionale”, non toglie alla legge “la sua piena efficacia”. In questo contesto, la “separazione” dell’ordinamento statale dall’ordinamento comunitario si inserisce nell’idea dualista che caratterizza i rapporti fra ordinamento interno e internazionale. Tuttavia, tale posizione muta già l’anno successivo, ovvero con la sent. 98 del 1965²⁶¹, con la quale “compie un passo avanti verso l’integrazione europea” poiché “con essa viene accettato e applicato il principio delle limitazioni di sovranità, in forza del quale le competenze legislative amministrative e giurisdizionali attribuite dalla Costituzione agli organi dello Stato sono limitate al fine di creare uno spazio giuridico di competenza degli organi comunitari”²⁶². Su tale impostazione si collocano le sentt. *Frontini* 183/1973 e *Granital* 170/1984, cui si deve il

²⁶¹ Cfr. F. SORRENTINO, *La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/1993. L’Autore distingue tre periodi nell’orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale: il primo è quello ricompreso tra la sent. 14/1964 e la sent. 183/1973; il secondo si apre durante gli anni Settanta, allorché l’Unione Europea conosce sviluppi notevoli, riconosciuti dalla Consulta, che accetta primazia e diretta applicabilità del diritto dell’Unione, sottolineando, con la sent. 163/1977 che i regolamenti hanno capacità di resistere all’abrogazione di leggi successive; la terza fase si apre con la sent. 170/1984, con la quale vi è la totale accettazione non soltanto dei principi di diretta applicabilità e primazia, ma, altresì, del controllo diffuso che andava configurandosi rispetto alle norme UE. Per un approfondimento cfr. L. PALADIN, *Forma italiana di governo ed appartenenza dell’Italia all’Unione Europea*, in *Quaderni Costituzionali*, 3/1994.

²⁶² Cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili...*, cit., p. 98.

tentativo di conciliare la sovranità statale, attraverso l'elaborazione della dottrina dei controlimiti, ed i principi di primazia e diretta applicabilità delle norme comunitarie. La prima pronuncia, per il tramite della legge di esecuzione del Trattato di Roma, giudica della legittimità costituzionale dei "processi" normativi comunitari e dei loro effetti nell'ordinamento italiano. In sintesi, i rimettenti dubitavano della costituzionalità dell'"introduzione" di una nuova "fonte di produzione primaria", rispetto alla quale sarebbero state intaccate "le guarentigie stabilite dalla Costituzione per le leggi ordinarie dello Stato". Le censure mettevano, dunque, in questione il problema della compatibilità dei fenomeni di integrazione comunitaria, e delle conseguenti limitazioni di sovranità, con il principio democratico e con i suoi più immediati corollari. All'interno di tale pronuncia il rapporto fra Stato ed UE è ricostruito nei termini di "separazione" tra ordinamenti indipendenti. Ma tale separazione sembra assumere un significato notevolmente differente da quello che caratterizza i rapporti con il diritto internazionale. In tal senso, la successiva pronuncia del 1984 sviluppa tali forme embrionali di accettazione dei principi di primazia e diretta applicabilità, garantendo una logica di auto-limitazione della sovranità dello Stato, che fa arretrare il diritto interno dinanzi a quello comunitario ed ammette eccezioni esclusivamente in materia di "controlimiti". Tale idea secondo la quale i rapporti tra ordinamenti sono governati dalla logica della separazione appare divenire una costante più nella dottrina che nella giurisprudenza, poiché numerose sentenze della Consulta pervengono ad esiti diversi, tanto che continuare a discorrere di ordinamenti separati sarebbe "come restare ancorati ad uno *slogan* acriticamente ripetuto, allo scopo di non avvedersi (o fingere di non avvedersi ...) quanto mutato sia ormai il conteso politico-costituzionale e normativo entro il quale si inseriscono le relazioni tra Stato e Comunità"²⁶³. Le relazioni, in effetti, apparivano notevolmente mutate per la Consulta, la quale si incamminava lentamente verso un concetto di integrazione²⁶⁴, superando quello della coordinazione espresso nella sent. *Granital*. In tal senso, la "riscrittura" dell'art. 117 Cost. ha fornito alla Corte uno strumento aggiuntivo per accelerare il suo percorso nella prospettiva della integrazione, poiché essa stessa precisa che tale disposizione colma una lacuna presente nell'ordinamento²⁶⁵.

²⁶³ Cfr. A. RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla teoria della separazione alla prassi dell'integrazione intersistemica?*, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 1583 ss.

²⁶⁴ In particolare sentt. 389/1989, 115/1993, 126/1996.

²⁶⁵ Si pensi alla sent. n. 285/2005, con la quale si decideva su un ricorso promosso in via principale avverso una legge valdostana in materia di quote latte, ponendosi in contrasto con la normativa comunitaria. La Corte ne dichiara l'illegittimità, precisando che la potestà legislativa regionale si esercita nel rispetto degli obblighi

Come si accennava, le novità di maggiore rilievo sono contenute nelle sentt. 348, 349 del 2007, 102 del 2008 e la relativa ordinanza 103 dello stesso anno, poiché queste muovono un passo in avanti verso il concetto dell'integrazione fra ordinamenti. È noto che le due pronunce gemelle abbiano per oggetto il rapporto con l'ordinamento CEDU, e, più nel dettaglio, perseguano il fine di escludere la sua riconducibilità all'art. 11 Cost.²⁶⁶; tuttavia esse hanno, altresì, il merito di aver consentito alla Consulta di condurre un ragionamento circa le differenze tra ordinamento CEDU ed ordinamento UE, mettendo in luce quali sono i rapporti che lo Stato intrattiene con essi. In tal senso, il Giudice delle Leggi, rispetto all'ordinamento dell'UE, afferma che "l'Italia è entrata a far parte di un 'ordinamento' più ampio", cui ha ceduto "parte della sua sovranità [...] nelle materie oggetto dei Trattati, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione"²⁶⁷. Rispetto ai quali non potrebbe ipotizzarsi una limitazione di sovranità, dal momento che "i diritti fondamentali non possono considerarsi una 'materia' in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile [...] una cessione di sovranità"²⁶⁸. Appare, dunque, evidente che da tale ragionamento rimane estranea quell'idea di separazione che pure aveva animato i dibattiti della Corte per lungo tempo, cedendo il posto all'assunto secondo cui l'Italia entra a far parte di un ordinamento più

internazionali. "Il limite", secondo la Corte, "pur posto in una legge costituzionale del 1948, va interpretato nel senso che esso [...] ricomprende anche gli obblighi comunitari derivanti dal Trattato istitutivo della Comunità europea [...] nonché dagli atti delle istituzioni comunitarie e, in particolare, per quanto interessa in questa sede, dalle disposizioni dei regolamenti comunitari [...]". La legge regionale impugnata, dunque, "presuppone una riserva regionale non consentita dalla normativa comunitaria, con conseguente illegittimità costituzionale della disposizione censurata". Tuttavia, il problema posto dall'art. 117 Cost. assume un ruolo centrale nella sent. 406/2005 in cui la Corte, annullando la legge regionale impugnata, considera parametro del suo giudizio una direttiva, senza alcun riferimento alla disciplina statale di recepimento. Cfr. R. CALVANO, *La Corte fa i conti per la prima volta con il nuovo art. 117, comma 1, Cost. Una svista o una svolta monista nella giurisprudenza costituzionale sulle questioni comunitarie?*, in *Giur. cost.*, 2005, 4417 ss. Analogamente la successiva sent. n. 129/2006, secondo la quale "le direttive comunitarie fungono da norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale all'art. 117, primo comma, Cost.". Peraltro, la Consulta precisa che "la norma costituzionale citata, collocata nella parte seconda della Costituzione, si ricollega al principio fondamentale contenuto nell'art. 11 Cost. e presuppone il rispetto dei diritti e dei principi fondamentali della Costituzione italiana", quindi la "svista monista" della precedente pronuncia subisce un ridimensionamento, poiché il Giudice delle Leggi precisa che il quadro è mutato, ma nulla potrebbe, comunque, giustificare un cambiamento radicale delle regole che governano il rapporto tra ordinamenti.

²⁶⁶ La questione riguardava un contrasto tra norma interna e norma CEDU, ma la Corte approfondisce il problema delle differenze tra quest'ultimo sistema e quello comunitario. Si esclude così la *comunitarizzazione* della CEDU, per il tramite della giurisprudenza della Corte di Giustizia e dell'art. 6 TUE, poiché secondo la Corte, "il Consiglio d'Europa [...] è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla Comunità europea creata con i Trattati di Roma del 1957 e dall'Unione europea oggetto di Maastricht del 1992". Inoltre, "tutti gli Stati membri dell'Unione" appartengono "al Consiglio d'Europa [...] con la conseguenza che il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli stati membri, non essendovi in questa materia una competenza comune alla (né esercitata dalle) istituzioni comunitarie, è un rapporto variamente ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale".

²⁶⁷ Sent. 348/2007.

²⁶⁸ Sent. 349/2007.

ampio, nel quadro di un fenomeno di integrazione. Di conseguenza, le rispettive fonti normative dovrebbero essere considerate come costitutive di un ordinamento integrato. A tale conclusione sembrerebbe pervenire la successiva sentenza n. 102 del 2008, e la contestuale ordinanza n. 103²⁶⁹, che, a partire dal quadro normativo costituzionale derivante dagli articoli 11 e 117 Cost., desume che “con la ratifica dei Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato con quello interno, ed ha trasferito, in base all'art. 11 Cost., l'esercizio di poteri, anche normativi, nelle materie oggetto dei Trattati”²⁷⁰. Tale pronuncia imprime, dunque, una svolta nel cammino comunitario della Corte, poiché segna l'inizio di un dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia, attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale. L'importanza risiede nel fatto che coerentemente con la propria percezione relativa al rapporto tra ordinamenti, la Consulta aveva per lungo tempo inibito a se stessa la possibilità di promuovere un rinvio pregiudiziale²⁷¹. Le conseguenze di tale presa di posizione sono state notevoli, in particolare nel caso delle *doppie pregiudiziali*, dal

²⁶⁹ Con il ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri n. 36 del 2007 veniva proposta la questione di illegittimità costituzionale della legge n. 2/2007 della Regione Sardegna, istitutiva delle tasse “sul lusso”, nella parte in cui disponeva un'imposta regionale sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto gravante su persone fisiche e giuridiche aventi domicilio fiscale fuori dalla Regione. Il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 117 Cost., primo comma, per violazione delle norme del TCE relative alla libera prestazione dei servizi e al divieto di aiuti di Stato. Sussistendo, dunque, un dubbio circa la corretta interpretazione delle disposizioni UE invocate, la Corte costituzionale decide di rivolgersi direttamente alla Corte di Giustizia al fine di ottenere la corretta interpretazione di quelle norme, sulla cui base disporrà la censura della legge della Regione Sardegna.

²⁷⁰ Malgrado ciò, non mutano le soluzioni cui la giurisprudenza era pervenuta a partire da un approccio di carattere formalmente “dualista”, poiché la sent. 102/2008 chiarisce che soltanto nei giudizi in via principale, per la loro peculiare conformazione, ed in cui la Consulta si trova ad essere unico giudice, la norma comunitaria può assumere rilevanza di parametro. Diversamente, nel corso dei giudizi comuni, quel medesimo contrasto impone la disapplicazione della norma, statale o regionale, incompatibile con quella comunitaria, con conseguente inammissibilità, per irrilevanza, del dubbio di costituzionalità che denunci questo contrasto. Dice la Corte, “che l'inserimento dell'Italia nell'ordinamento comunitario comporta due diverse conseguenze, a seconda che il giudizio in cui si fa valere tale dubbio penda davanti al giudice comune ovvero davanti alla Corte costituzionale a seguito di ricorso proposto in via principale”, e “questi due diversi modi di operare delle norme comunitarie corrispondono alle diverse caratteristiche dei giudizi”. In particolare Cfr. E. DI STEFANO, *Verso un patrimonio costituzionale comune. Riflessioni a margine della sentenza n. 102 del 2008*, in *Consultaonline.it*; L. PESOLE, *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008*, in *federalismi.it*.

²⁷¹ La motivazione è da rinvenire nell'ordinanza 536/1995, con la quale la Corte sostiene di non poter essere considerata una “giurisdizione nazionale” ai sensi del Trattato, dal momento che essa svolge “una funzione di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni”. Successivamente, tale posizione viene sostenuta nelle sentt. 94/1995 e nelle ordd. nn. 319/96, 108 e 109/1998. Per un'attenta analisi della posizione della Consulta relativamente all'istituto del rinvio pregiudiziale, in particolare S. AGOSTA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE, tra (ingiustificato?) horror obsequii della Corte costituzionale ed irresistibile vocazione espansiva del giudice comunitario*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa. Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio- 1 giugno 2002*, Torino, 2003, pp. 351 e ss.

momento che la Corte ha tentato in ogni modo di riservarsi il diritto all'ultima parola²⁷². Tuttavia, con l'ordinanza 103/2008 la Consulta capovolge le argomentazioni sostenute nel corso del tempo, qualificando se stessa come giurisdizione nazionale, peraltro di ultima istanza, sulla quale incombe, dunque, l'obbligo di sollevare il rinvio pregiudiziale. In conseguenza di ciò, la Corte non soltanto si riconosce tale facoltà, ma sostiene che se questa non fosse riconosciuta “risulterebbe leso il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia CE”²⁷³. Il passo in avanti è, dunque, notevole, atteso che il rapporto tra ordinamenti subisce un'evoluzione significativa e ciò contribuisce a smentire le tesi “minimaliste” che si erano configurate attorno all'art. 117 Cost., poiché è in virtù di esso che la Consulta si trova costretta a dialogare con la Corte di Lussemburgo. Il dato costituzionale tende ad assumere sovente un'importanza marginale, lo dimostra l'interpretazione estensiva dell'art. 11 Cost., sulla cui base si è fondata, ma, soprattutto, si è estesa l'integrazione europea, grazie alle autorevoli voci delle Corti interne. Nel caso del novellato 117 Cost. tale affermazione appare parzialmente veritiera, poiché tale disposizione, secondo il funzionamento configurato dalla Consulta, diviene operativa solo se integrata da una norma di origine esterna. Tuttavia, se tale norma si presta a numerose interpretazioni in una situazione, quella del ricorso in via principale, in cui la Corte costituzionale è unico giudice, il dialogo tra Corti diviene indispensabile²⁷⁴. È pur vero che la Consulta precisa che tale strumento può essere usato esclusivamente nei giudizi in via principale, proprio a causa della peculiarità di questi, ma non sarebbe ammissibile, in tal caso, una lettura volta a sminuire l'importanza della sentenza *de qua*; piuttosto ci si dovrebbe concentrare su nuovi ed auspicabili sviluppi in tema di cooperazione tra Corti, anche in relazione alle altre sedi di giudizio di competenza della Corte costituzionale.

²⁷² F. SALMONI, *La Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in associazionedeicostituzionalisti.it

²⁷³ Ord. 103/2008.

²⁷⁴ Peraltro, l'auspicio della cooperazione dialogica era già stato espresso dalla Corte di Giustizia a partire dalla sent. *Köbler v. Repubblica d'Austria* del 2003, in cui fra i criteri indicati dal giudice comunitario relativi alla violazione del diritto dell'UE viene menzionato il mancato adempimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale. Sulle problematiche relative al rinvio, agli strumenti dialogici tra Corti in Europa e sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia in merito, ampiamente G. GERBASI, *Forme e strumenti del (necessario) dialogo giudiziario nella complessa (e sui generis) architettura giudiziaria europea*, in *Civitas Europa* 20/2008.

5. Vincoli internazionali e trattamento interno del diritto internazionale: la svolta dell'art. 117 Cost., primo comma, con particolare riguardo alla CEDU

Come è stato osservato in precedenza, è necessario partire da un dato fondamentale nell'esaminare il trattamento "domestico" del diritto internazionale, ovvero mettere in rilievo l'assioma fondamentale secondo il quale per i trattati non opera l'adattamento automatico di cui all'art. 10 comma 1 Cost., il quale appare rivolto esclusivamente al diritto internazionale consuetudinario. Ciò posto, diviene necessario soffermarsi sul rango da attribuire alle fonti di recepimento del diritto internazionale pattizio, nel tentativo di comprendere quanto il diritto vivente si sia discostato dai precetti di partenza, in virtù dei quali la specialità delle fonti di recepimento era una qualità ad esse non attribuibile. Appare necessario, tuttavia, partire da una premessa di ordine teorico, del tutto fondamentale, poiché il concetto stesso di "adattamento" pare foriero di una serie di implicazioni, quantomeno nello studio del rapporto tra ordinamenti giuridici differenti. Ecco, dunque, che diviene fondamentale chiarire che per adattamento si intende il meccanismo attraverso il quale l'ordinamento interno si conforma (o si adatta) all'ordinamento internazionale, ovvero ai suoi precetti²⁷⁵; tuttavia, è altrettanto necessario indagare sui mezzi attraverso i quali le norme internazionali ricevono attuazione. Il diritto internazionale, per poter dispiegare i suoi effetti all'interno degli ordinamenti nazionali, necessita di una "nazionalizzazione", ovvero dell'introduzione all'interno dei confini nazionali²⁷⁶. Ancora, appare fondamentale ricordare che l'adattamento può avvenire tanto attraverso il procedimento ordinario, quanto attraverso il procedimento speciale, tendendo, peraltro, a preferire il secondo meccanismo, dal momento che esso è maggiormente in grado di mettere in evidenza la specialità delle norme internazionali. In effetti, attraverso il procedimento ordinario, una norma internazionale viene trasformata in diritto interno attraverso una legge ordinaria che in nulla si distingue da tutte le altre che compongono l'ordinamento giuridico, se non per l'*occasio legis*, ovvero ciò che ha indotto il legislatore ad emanare quella determinata norma, il motivo ispiratore della stessa, dunque. Elemento, quest'ultimo, che non appare idoneo a mettere in evidenza la specialità della fonte interna

²⁷⁵ In particolare cfr. A. D'ATENA, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Tomo I, Roma, 1998, pp. 2 e ss.

²⁷⁶ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006.

riproduttiva di un precetto internazionale²⁷⁷, poiché la norma riproduttiva vive di vita propria rispetto alla norma che si propone di riprodurre²⁷⁸.

Al contrario, il procedimento speciale (o mediante rinvio) di adattamento sembra colmare le notevoli lacune che quello ordinario presenta e, per tale ragione, viene sovente preferito dalla dottrina internazionalista che tende a definirlo l'unico procedimento completo e in grado di garantire un adattamento continuo al diritto internazionale pattizio²⁷⁹. Com'è noto, il meccanismo speciale di adattamento più diffuso è l'ordine di esecuzione, ovvero "un atto normativo nazionale, il quale, anziché formulare direttamente le norme che pone, le individua *per relationem*: facendo rinvio ad un accordo internazionale"²⁸⁰, strumento previsto nell'ordinamento italiano dall'art. 80 Cost. ed adottato, solitamente, in forma legislativa o regolamentare. In tal senso, l'ordine di esecuzione può essere inteso come quel procedimento speciale mediante il quale viene espressa la volontà dello Stato a garantire corretta applicazione di un Trattato internazionale, pur non riformulando le norme contenute in questo²⁸¹. Di solito, ciò avviene con la legge ordinaria che autorizza la ratifica, secondo i precetti dell'art. 80 Cost., il che, invero, pone un problema rilevante, dal momento che è possibile che l'ordine di esecuzione preceda l'entrata in vigore del Trattato, la quale può essere subordinata al raggiungimento di un certo numero di ratifiche. Tuttavia, in assenza di ordine di esecuzione il Trattato non acquista alcun valore all'interno dell'ordinamento statale, poiché diverrebbe impossibile rendere comunicanti i due vasi²⁸².

Per ciò che attiene al rango delle norme introdotte mediante l'ordine di esecuzione, si può, quantomeno in linea generale, sostenere che esse acquistino il medesimo rango della fonte che contiene l'ordine di esecuzione, solitamente una legge ordinaria. Tuttavia,

²⁷⁷ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006; G. BARILE, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980; G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi. L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1969.

²⁷⁸ È semplice riconoscere che le due norme – quella interna e quella internazionale – percorrano strade distinte, tanto che se la norma internazionale venisse abrogata, quella interna continuerebbe a produrre i propri effetti. R. SOCINI, *L'adeguamento degli ordinamenti statuali all'ordinamento internazionale*, Milano, 1954.

²⁷⁹ In effetti, l'adattamento è continuo poiché non sono necessari ulteriori atti di produzione giuridica al fine di adattare l'ordinamento interno a quello internazionale, dal momento che il procedimento speciale tiene conto delle modifiche che gli accordi internazionali possono conoscere nel corso del tempo. In particolare cfr. A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1961, p. 143.

²⁸⁰ Cfr. A. D'ATENA, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani, cit.*, p. 2.

²⁸¹ La formula, peraltro, tende a non subire variazioni, corrispondendo di solito a "Piena e completa esecuzione è data al Trattato...".

²⁸² Cfr. L. CONDORELLI, *Interpretazione giurisdizionale ed interpretazione autentica di Trattati internazionali nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1973, p. 237 e ss.

si tratta di affermazioni assolutamente frammentarie, che necessitano di precisazioni, partendo dal punto di vista della Corte costituzionale precedente alla riformulazione dell'art. 117, comma 1 Cost., per giungere all'analisi del notevole impatto che tale disposizione ha avuto sulla giurisprudenza costituzionale. La visione della Consulta, non vi è dubbio, è marcatamente dualista in materia di rapporti tra ordinamenti e se tale orientamento ha subito dei temperamenti durante il cammino comunitario, lo stesso non può dirsi con riferimento ai Trattati internazionali, dal momento che in quest'ambito la Corte non ha compiuto un percorso volto a riconoscere un'importanza viepiù crescente al diritto pattizio; piuttosto si è trovata a fare i conti con un nuovo scenario costituzionale, fatta eccezione per il diritto internazionale dei diritti umani, verso il quale, al contrario, si è dimostrata più propensa ad un'apertura. Resta, dunque, isolato il caso della sent. 10/1993, nella quale la Consulta sosteneva senza mezzi termini che le norme di diritto internazionale fossero "norme derivanti da una fonte riconducibile a competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione e modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria"²⁸³. Tale pronuncia, che sembrava dover inaugurare una nuova stagione in materia di trattamento domestico del diritto internazionale pattizio, è rimasta, tuttavia, l'audace posizione di un momento, mai più ripresa dalla Corte. In effetti, appare chiaro, nell'autorevole voce della Consulta, che la produzione normativa dovuta all'adattamento agli obblighi internazionali non può vivere di vita propria rispetto alla legislazione statale, ma, in assenza di riferimenti, si deve intendere che tali norme sono sottoposte alle medesime regole per il funzionamento delle fonti interne. In altre parole, la Corte ci tiene a chiarire che tali fonti non godono di particolare resistenza passiva, dal momento che hanno la medesima forza dell'atto che provvede all'esecuzione. Tale posizione, sostenuta a partire dalla pronuncia 32/1960, viene ribadita nella sentenza 73/2001, nella quale la Corte precisa che "le norme del diritto internazionale pattizio prive di un particolare fondamento costituzionale (...) assumono nell'ordinamento nazionale il valore conferito loro dalla forza dell'atto che ne dà esecuzione", dunque "quando tale esecuzione è disposta con legge, il limite costituzionale vale nella sua interezza, alla stessa stregua di quanto accade con ogni altra legge"²⁸⁴, più precisamente, la legge di esecuzione dovrà essere conforme "ad ogni norma o principio costituzionale"²⁸⁵, con la conseguenza che alla Corte spetterà il compito di giudicare sull'eventuale illegittimità costituzionale delle norme attuative degli

²⁸³ Cfr. S. AMADEO, *I Trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 1999, p. 44.

²⁸⁴ La Corte richiama, peraltro, diverse precedenti pronunce, quali la 323/1989, 446/1990, 183/1994, 288/1997, 32/1999.

²⁸⁵ Sent. 54/1979.

obblighi internazionali²⁸⁶. Tuttavia, è la stessa Corte a ridimensionare, nel tempo, tali affermazioni, poiché, per ciò che attiene alla resistenza passiva, è noto che la Consulta abbia escluso l'ammissibilità del *referendum* abrogativo avente ad oggetto leggi di autorizzazione alla ratifica, di esecuzione dei trattati o norme ad esse collegate²⁸⁷, dal momento che “dall'abrogazione di tali norme deriverebbe l'esposizione dello Stato italiano a responsabilità nei confronti delle altre parti contraenti a causa della violazione degli impegni assunti in sede internazionale”, ma, altresì, perché “la Costituzione ha voluto riservare tale responsabilità alla valutazione politica del Parlamento, sottraendo le norme in questione alla consultazione popolare”²⁸⁸. È innegabile, dunque, che tali fonti, a prescindere dalle affermazioni della Corte, godano di una resistenza passiva “rinforzata”²⁸⁹.

Il Giudice delle Leggi accoglie, senza dubbio, il principio della inefficacia delle norme internazionali nell'ordinamento interno²⁹⁰, secondo il quale l'accesso delle norme internazionali all'ordinamento interno è subordinato ad un atto di volontà di quest'ultimo che valga come attuazione²⁹¹. È questa la tesi sostenuta fin dalla sent. 20/1966, nella quale la Corte chiarisce che “i trattati internazionali, sia pure a termini del vigente ordinamento non sono di per sé direttamente produttivi di effetti all'interno dello Stato, tale efficacia vengono ad acquistare attraverso l'uso dei mezzi all'uopo idonei, fra cui quello di più frequente impiego costituito dall'ordine di esecuzione disposto con legge”; una prospettiva accolta, altresì, nella sent. 69/1976, relativa alla Convenzione europea sul valore internazionale delle sentenze penali e con la quale la Consulta precisa che “a parte la circostanza che quest'ultima Convenzione non è stata ancora ratificata dall'Italia (...), occorre qui ricordare che queste convenzioni sono fonte di obblighi e responsabilità internazionali per gli Stati contraenti, ma non possono acquistare efficacia nell'ordinamento interno senza le necessarie norme di adattamento, la cui mancanza non comporta violazione né dell'art. 10, né di altri precetti costituzionali”. Corollario di tali affermazioni è l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità della legge di esecuzione di

²⁸⁶ In caso contrario “si costituirebbe nei riguardi delle leggi esecutive dei trattati una situazione di privilegio rispetto alle altre leggi, perché esse verrebbero sottratte alla sanzione dell'annullamento, o rimarrebbero soggette alla sanzione dell'annullamento da parte di un giudice di merito; ad un trattamento cioè che il costituente ha voluto escludere per gli atti con forza di legge dei quali si contesti la costituzionalità”.

²⁸⁷ In particolare, le sentt. 16/1978, 30 e 31 del 1981, 25/1987, 64/1990.

²⁸⁸ Entrambi i riferimenti sono tratti dalla sent. 41/2000.

²⁸⁹ Cfr. L. CARLASSARE, *Adattamento ordinario e referendum abrogativo*, in *Giur. Cost.*, 1981, p. 480.

²⁹⁰ E. CANNIZZARO, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, 1991, p. 113.

²⁹¹ In particolare la sent. 15/1996, nella quale la Corte, riferendosi al Patto internazionale sui diritti civili e politici, afferma che “l'adesione a quel patto e la sua vigenza in Italia derivano pur sempre da un atto individuale di volontà sovrana espresso dallo Stato in forma legislativa”.

un trattato, la quale produrrà i suoi effetti limitatamente alle norme interne di adattamento. In questi termini si esprime la sentenza n. 132 del 1985²⁹², nella quale il Giudice delle Leggi precisa che la sua decisione “concerne (...) esclusivamente le disposizioni di legge che hanno conferito efficacia interna alle clausole pattizie in esame”, ma non incide sul Trattato, che rimane pienamente vigente sul piano internazionale.

È semplice, dunque, dedurre che in questa visione i due ordinamenti camminano parallelamente, dal momento che la violazione di una norma internazionale per opera di una norma interna non genera di per sé stessa conseguenze nell'ordinamento statale; allo stesso tempo, la violazione di una norma interna (costituzionale) da parte di una norma di adattamento al diritto internazionale non influisce sulla validità del trattato che la contempla. Malgrado tali premesse rigidamente dualiste, la Corte, in più occasioni, mette in luce la necessità di garantire l'uniformità dei due sistemi, chiarendo che, sovente, le norme internazionali possono orientare l'interpretazione di una legge rendendola conforme a Costituzione e che gli obblighi internazionali, in ogni momento, sono in grado di vincolare l'interpretazione della legislazione interna²⁹³.

La Corte, tuttavia, si è sempre guardata bene dal chiarire quali rapporti intercorrano tra norme internazionali e costituzionali, conservando, in tal modo, il potere di interpretare singoli precetti fondamentali alla luce del diritto pattizio. Anche su tale posizione, però, incide nettamente la revisione del Titolo V della Costituzione, poiché secondo le disposizioni contenute nell'art. 117, comma primo Cost., tutte le disposizioni internazionali possono fungere da parametro interposto nei giudizi di costituzionalità, indipendentemente dal loro collegamento con la normativa costituzionale, come aveva precedentemente sostenuto la Corte.

²⁹² Nello stesso senso la sent. n. 210 del 1986, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 2 agosto 1952, n. 1305, nella parte in cui dà esecuzione all'art. 3 della Convenzione OIL del 9 luglio 1948; la sent. 128 del 1987, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale della legge 9 ottobre 1974, n. 632, nella parte in cui, ratificando il trattato in materia di estradizione tra Italia e USA, firmato a Roma il 18 gennaio 1973, consente l'estradizione dell'imputato ultraquattordicenne ed infradiciottenne anche nei casi in cui l'ordinamento della parte richiedente non lo considera minore; la sent. n. 223 del 1996, con la quale la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 698 comma. 2 c.p.p. e della legge 225 del 1984, nella parte in cui dà esecuzione all'art. IX del trattato di estradizione tra Italia e Stati Uniti d'America, per contrasto con gli articoli 2 e 27, comma 4, Cost. (caso Venezia).

²⁹³ In particolare, la sent. 32/1960. È minoritaria, ma autorevolmente sostenuta, la tesi secondo la quale l'esigenza di interpretare la normativa interna, anche di rango costituzionale, in conformità agli obblighi internazionali sulla medesima materia, potrebbe giustificarsi alla luce dell'art. 10 comma primo, Cost., poiché tale disposizione determinerebbe l'adattamento dell'ordinamento italiano ad un principio interpretativo in forza del quale “le norme interne emesse in una materia regolata dal trattato devono presumersi conformi alle clausole del medesimo, salvo che non emerga una esplicita volontà di distaccarsene”. Cfr. C. MORTATI, *Influenza delle convenzioni internazionali in ordine alla tutela dell'uso della lingua tedesca nella provincia di Bolzano*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 549.

Come si accennava in precedenza, le dispute dottrinali che tale novella costituzionale ha generato fin dalla sua entrata in vigore sono state numerose, poiché se per taluni essa avrebbe introdotto delle “dirompenti novità”²⁹⁴, per altri l’assetto previgente alla riforma non avrebbe subito alcuna modificazione, dal momento che il tenore letterale della disposizione in questione non comporta alcun cambiamento rispetto al sistema previgente, ragionandosi di “vincoli derivanti da obblighi internazionali”, che vanno ricercati in altre disposizioni della Carta, e non di obblighi internazionali *ut sic*²⁹⁵. Tuttavia, la novella costituzionale, è impossibile negarlo, comporta delle novità di rilievo tanto per ciò che attiene al rango delle fonti del diritto, quanto sul piano dell’adattamento agli obblighi internazionali, ponendo una serie di dubbi che la Corte costituzionale si preoccupa di fugare, almeno in parte, con le sentt. n. 348 e 349/2007. Si tratta di pronunce di particolare rilievo poiché esse per prime hanno avuto il difficile compito di sciogliere i nodi di un nuovo quadro costituzionale²⁹⁶, mettendo in luce la portata innovativa del nuovo testo dell’art. 117, comma primo Cost. In effetti, la Consulta si preoccupa fin da subito di rigettare le tesi minimaliste riguardanti il novellato 117 Cost., escludendo che esso “possa essere ritenuto una mera riproduzione in altra forma di norme costituzionali preesistenti (in particolare, gli artt. 10 e 11)”, e che “lo stesso sia da considerarsi operante soltanto nei rapporti tra lo Stato e la Regione”²⁹⁷. Tale posizione appariva già chiara nella sent. 349/2007, poiché la Corte non esitava a sostenere che la revisione costituzionale del 2001 aveva indubbiamente colmato un vuoto, dato dal fatto che la violazione degli obblighi internazionali non aveva ripercussione alcuna sulla validità interna delle norme che la ponevano in essere. Partendo da tale premessa, il Giudice delle Leggi sostiene che con l’art. 117, comma primo Cost. “si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata norma interposta”²⁹⁸, riprendendo quanto affermato nella precedente sent. 348/2007, secondo la quale “la struttura della norma costituzionale (...) si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in collegamento stretto con altre norme, di rango

²⁹⁴ Cfr. A. D’ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l’Unione Europea*, in *Rassegna di diritto parlamentare*, 2002, p. 923.

²⁹⁵ C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà statale e regionale e i rapporti con l’ordinamento internazionale e con l’ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, p. 195.

²⁹⁶ La posizione viene ripresa poco dopo, con la sent. 39/2008.

²⁹⁷ Sent. 347/2008.

²⁹⁸ Sent. 349/2007.

subcostituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere”. In tal senso, si potrebbe sostenere che la riforma del 2001 abbia introdotto una nuova categoria di norme interposte, la cui violazione comporta la dichiarazione di incostituzionalità della norma interna che la pone in essere. Le norme internazionali divengono, dunque, parametro, sia pure interposto, in virtù di una norma, quella contenuta nel 117 Cost., che ne prescrive l’osservanza, dando vita a delle importanti novità in materia di rapporti tra ordinamenti e tra le rispettive norme degli stessi.

La Corte, peraltro, utilizza le “sentenze gemelle” per chiarire il funzionamento di tale nuovo quadro costituzionale, sostenendo che il suo ruolo risulta comunque marginale, dal momento che il primo e fondamentale strumento per risolvere le antinomie normative rimane quello dell’interpretazione conforme, posto nelle mani dei giudici nazionali. Esclusivamente nel caso in cui sia impossibile un’interpretazione della disciplina interna conforme alla norma internazionale, il giudice può rivolgersi alla Corte costituzionale, non essendo ad esso concesso il potere di disapplicare la normativa interna configgente²⁹⁹. La Consulta si preoccuperà, dunque, di assumere quali norme interposte le fonti internazionali pattizie che risultano violate dalla norma interna, verificandone, in tal modo, l’attinenza a Costituzione³⁰⁰.

Tali affermazioni potrebbero condurre a ritenere che l’art. 117, comma primo Cost. abbia, in qualche misura, concesso al diritto internazionale pattizio una capacità maggiore di penetrare nell’ordinamento interno; ma se tale è la conclusione cui si giunge ad una prima analisi, è necessario chiedersi, contestualmente, se la novella costituzionale abbia indotto la Corte a temperare o, addirittura, a superare l’impostazione dualista. La risposta sembra essere negativa, dal momento che la Consulta compie un passo in avanti affermando che le fonti esterne possono divenire fonti interposte nel giudizio di costituzionalità, rendendo operativo il vincolo dell’art. 117 Cost., ma, al contempo, essa precisa che si tratta sempre di fonti “di rango subordinato alla Costituzione”, anche se “intermedio tra questa e la legge ordinaria”³⁰¹. Corollario di tale affermazione, come sostenuto dalla sent. 348/2007, è che “in occasione di ogni questione nascente da pretesi

²⁹⁹ Cfr. M. CARTABIA, *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3564 ss. L’Autore fa notare che il confine tra interpretazione adeguatrice (ammessa) e disapplicazione (preclusa) sia in realtà di difficile demarcazione.

³⁰⁰ Invero, la tesi era già stata sostenuta da B. CONFORTI, *Diritto internazionale...*, cit., pp. 321 e ss. Sull’esigenza che i giudici comuni, prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale, tentino la via dell’interpretazione conforme, in particolare V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3586 e ss.

³⁰¹ Sent. 349/2007.

contrasti tra norma interposte e norma legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della stessa norma censurata rispetto alla norma interposta” e ciò, al fine di “espungere” dall'ordinamento giuridico italiano, “nei modi rituali”, la norma interposta che “risulti in contrasto con una norma costituzionale”. In effetti, “L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile”, poiché è necessario “evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma subcostituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione”. Invero, tale affermazione non è del tutto innovativa rispetto al passato, dal momento che con la sent. 54/1979 la Corte aveva sostenuto la possibilità di sindacare le norme di adattamento ai trattati internazionali che operano come fonti interposte, chiarendo che “Nel merito, è vero che la condizione giuridica dello straniero – secondo il capoverso dell'art. 10 Cost. – è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali; ma ciò non significa che si debba presumere la legittimità costituzionale di tutte le leggi emanate in esecuzione dei trattati stessi. Né la prevalenza della Costituzione può essere affermata limitatamente a quei soli disposti che si riferiscono esplicitamente agli stranieri e all'extradizione in specie: come nel caso dell'art. 26, comma 2, Cost., che esclude l'extradizione per reati politici. Anche in questo campo, qualora non vengano in considerazione norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, si impone la comune esigenza di verificare la conformità delle leggi e delle fonti equiparate rispetto ad ogni norma o principio costituzionale”. Appare inequivocabile, dunque, che il limite alla penetrazione del diritto internazionale pattizio nell'ordinamento interno è ancora ben marcato, ad opera di una Corte che riafferma costantemente il primato della Carta costituzionale sui precetti del diritto internazionale, discostandosi dalla dottrina dei controlimiti, secondo la quale solo talune disposizioni risultino intangibili per le fonti UE, dal momento che per il diritto pattizio l'intangibilità è estesa all'intero Testo fondamentale. Su queste basi, l'accoglimento di teorie d'ispirazione monista resta del tutto preclusa, ma la rigidità del dualismo tende lentamente ad attenuarsi.

L'attenuazione del marcato dualismo che ha ispirato per decenni la Corte costituzionale pare, tuttavia, particolarmente evidente allorquando questa si confronta con il diritto internazionale dei diritti umani e, in particolare, con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e con la relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In effetti, con riguardo allo *status* della CEDU, fino a qualche tempo fa nessuno, né in

dottrina³⁰² né in giurisprudenza³⁰³, avrebbe dubitato del suo rango legislativo. Tuttavia, la Consulta, con la sent. 388/1999 compie un passo in avanti, valorizzando, malgrado la fonte di recepimento, il ruolo della CEDU nell'ordinamento italiano, “distinguendo il contenitore, di rango legislativo, dal contenuto, sicuramente in grado di integrare il catalogo dei diritti previsto dalla Costituzione”³⁰⁴. L'importanza di tale pronuncia risiede nella volontà della Corte di distinguere il diritto internazionale *tout court* dal diritto internazionale dei diritti umani, mettendo in luce che le norme pattizie non si collocano di per se stesse a livello costituzionale, ma i diritti fondamentali “garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione (...): non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'articolo 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona (...), ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione”³⁰⁵. Nelle parole della Corte si legge, dunque, una svolta, poiché non è più ancorata ai rigidi formalismi che hanno orientato per decenni il suo punto di vista sulla CEDU, poiché, prescindendo dalle forme, essa si focalizza sul contenuto, mettendo chiaramente in luce che questo è in grado di arricchire l'interpretazione dei diritti così come garantiti nei confini nazionali³⁰⁶.

La riforma costituzionale del 2001, peraltro, ha consentito alla Corte di consolidare tale posizione, imponendo il rispetto dei vincoli discendenti dal diritto internazionale,

³⁰² Cfr. D. TEGA, *La CEDU e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 71 e ss; L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002; P. MORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Riv. Dir. Int.*, 1983, pp. 306 e ss; G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, *Handle with Care! The Regional Charters and Italian Constitutionalism's 'Grey Zone'*, in *European Constitutional Law Review*, n. 5/2009.

³⁰³ In particolare sentt. 188/1980, 153/1987, 323/1989, 315/1990. In controtendenza la già citata pronuncia 10/1993, un caso isolato in cui la Consulta sostiene che la CEDU abbia natura *sui generis* e, dunque, una particolare resistenza passiva.

³⁰⁴ O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad Est...*, cit., p. 402.

³⁰⁵ Sent. 388/1999.

³⁰⁶ Invero, l'atteggiamento della Consulta è simile a quello del Tribunale Costituzionale tedesco, anch'esso rigidamente ancorato alle teorie dualiste, ma in grado di allontanarsi da queste in materia di diritti fondamentali, sostenendo, con una pronuncia dell'ottobre 2004 che “Le garanzie della Cedu e del suo protocollo addizionale non sono un (...) un diretto parametro di costituzionalità (...) Le garanzie della Convenzione influenzano tuttavia l'interpretazione dei diritti fondamentali e dei principi dello stato di diritto del *Grundgesetz*. Il testo della Convenzione e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dei diritti dell'uomo servono al livello del diritto costituzionale come sussidi interpretativi per definire contenuto e ampiezza dei diritti fondamentali e dei principi dello stato di diritto del *Grundgesetz* nella misura in cui questo non porti ad una limitazione o diminuzione – non voluta dalla stessa Convenzione (cfr. art. 53 Cedu) – della protezione offerta dal *Grundgesetz* ai diritti fondamentali”.

concedendo alla Consulta la possibilità di operare delle differenze tra diritto pattizio e diritto internazionale dei diritti umani. Prescindendo dall'analisi relativa al tenore letterale della disposizione, appare necessario mettere in luce che non può essere accolta la tesi secondo la quale l'art. 117 comma 1 Cost. abbia voluto equiparare i vincoli internazionali con quelli comunitari, dal momento che questi ultimi non solo godono della copertura costituzionale dell'art. 11 Cost., ma, peraltro, sono stati oggetto di numerose pronunce in cui la Corte ha chiarito quali sono i limiti che essi incontrano, mettendo in luce le notevoli differenze con gli obblighi internazionali³⁰⁷. La Consulta ha avuto modo di smentire tali fantasiose ricostruzioni nelle sentt. 348 e 349/2007, allorquando ha affermato chiaramente che le norme della CEDU sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria, antepoendo, senza dubbio, il Testo fondamentale alla Convenzione. Dunque, se la CEDU incontra il limite dell'intera architettura costituzionale, non godendo di alcuna "copertura", mentre il diritto dell'UE incontra il solo limite dei principi supremi e dei diritti inalienabili della persona umana, godendo della copertura dell'art. 11 Cost., non si vede per quale ragione i due vincoli potrebbero essere equiparati. Stando, peraltro, alla lettera dell'art. 117 Cost., sembra inequivocabile la volontà del legislatore di riforma di distinguerli, come la Corte argomenta nel 2007³⁰⁸, fugando ogni possibile dubbio su tale versante. Tuttavia, la Consulta fa di più, poiché essa tenta di slegare la CEDU dai rigidi formalismi teorici relativi all'inquadramento della Convenzione nel sistema delle fonti.

Tuttavia, diviene necessario sottolineare un altro punto cardine delle sentenze gemelle, dal momento che esse non perseguono il solo obiettivo di inquadrare la Convenzione all'interno della sistematica delle fonti del diritto e di chiarire il funzionamento del novellato art. 117, comma primo Cost., esprimendo, altresì, un obiettivo di rilevanza immediata³⁰⁹, quello di attrarre le questioni di convenzionalità nel quadro delle competenze della Corte. È noto, in effetti, che i giudici comuni³¹⁰ e la Cassazione³¹¹

³⁰⁷ Si rinvia alla dottrina che ha tentato, con svariate argomentazioni, di chiarire tali differenze, in particolare, per la visione relativa all'equiparazione dei due vincoli Cfr. S. CATALANO, *L'incidenza del nuovo articolo 117, comma 1, Cost. sui rapporti fra norme interne e norme comunitarie*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006.

³⁰⁸ Sent. 348/2007, secondo la quale l'art. 117, comma primo Cost. distingue "in modo significativo i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario da quelli riconducibili agli obblighi internazionali".

³⁰⁹ O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a Est...*, cit., p. 407.

³¹⁰ Tra le più importanti, Tribunale di Genova sent. 4114/2000; Corte di Appello di Roma, sez. lavoro, ordinanza dell'11 aprile 2002; Corte di Appello di Firenze, I sez. civ., sent. 570/2005; TAR Lazio, sent. 1194/2010.

avessero iniziato da tempo a ravvisare la necessità di un'applicazione diretta della CEDU in caso di contrasto con la normativa interna, ritenendo di poter fare uso, per analogia, degli stessi meccanismi previsti per la risoluzione delle antinomie tra diritto interno e diritto comunitario³¹². Tali meccanismi, chiaramente, determinavano la netta marginalizzazione della Consulta dai rapporti con il sistema CEDU, configurando delle ipotesi ancora più estreme rispetto a quanto accade con il dialogo con la Corte di Giustizia, dal momento che con questa il dialogo è pur sempre ammesso, anche se solo in talune ipotesi³¹³, mentre ciò non configurerebbe per ciò che attiene al dialogo con la Corte EDU.

Nel perseguire tale fine, la Consulta si è sforzata di tracciare una linea marcata tra gli obblighi comunitari e quelli discendenti dalla CEDU, giungendo, al contempo, a conclusioni di carattere generale relativamente al funzionamento dell'art. 117, primo comma, Cost. In effetti, soltanto la differenziazione tra i due tipi di obblighi avrebbe giustificato un trattamento differente delle due fonti, ma i nodi da sciogliere erano numerosi, dal momento che la stessa novella costituzionale sembrava porsi in aperto contrasto con tale obiettivo³¹⁴, almeno se la si interpreta alla luce della legge 131/2003, secondo la quale sono obblighi comunitari quelli discendenti “da accordi di reciproca limitazione di sovranità, di cui all'art. 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali”. Alla Consulta non restava che operare una differenziazione sulla base del concetto di ordinamento giuridico. Sulla base di tale scelta, il Giudice delle Leggi, con la sent. 348/2007, sosteneva che “con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento più ampio, di natura sovranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche con riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione”; al contrario, la CEDU “non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti.

³¹¹ Cass. civ., sez. I, sent. 2762/1967; Cass. pen., sez. IV, sent. 6978/1982; Cass. pen., S.U., 23.11.1988 – *Polo Castro*; Cass. pen., Sez. I, 12.5.1993 – *Medrano*; Corte di Cassazione, sez. I, sent. 10542/2002; 11096/2004; Corte di Cassazione, S.U., sent. 28507/2005; Cass. pen., sez. I, 32678/06;

³¹² Le motivazioni che hanno indotto all'applicazione diretta della CEDU sarebbero dovute, secondo tale giurisprudenza, alla “comunitarizzazione” della Convenzione, prima ad opera della clausola relativa ai principi generali dell'ordinamento comunitario (ex art. 6.2 TUE) e, in secondo momento, dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che, concedendo alla Carta di Nizza la medesima efficacia giuridica dei Trattati, faceva divenire la CEDU uno strumento comunitario relativo alla protezione dei diritti fondamentali.

³¹³ È noto che la Consulta ha rivisto le sue posizioni relative al rinvio pregiudiziale nel 2008, ammettendo la possibilità di dialogo con la Corte di Giustizia nei giudizi in via principale, in cui essa è unico giudice (sent. 102/2008). Il rinvio, tuttavia, è ammesso anche nelle ipotesi si configuri un conflitto tra legislazione interna e norma UE non direttamente applicabile, poiché in tali casi è previsto l'intervento della Corte costituzionale (sent. 170/1984).

³¹⁴ Come fa ben notare O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a Est...*, cit., p. 409.

Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale...”. La Consulta, dunque, “sposta verso il basso”, in qualche modo, il rango della CEDU, e compie tale scelta per evitare la sua marginalizzazione e, comunque, nel riconoscere la peculiarità del diritto internazionale dei diritti umani. Il fine viene raggiunto qualificando la Convenzione come un mero trattato internazionale, con una particolare valenza, ma pur sempre un accordo multilaterale, il che pare del tutto singolare per una Corte che si apre alle particolarità di tale diritto internazionale, ma che, al contempo, non coglie l’impossibilità di qualificare la CEDU come un qualsiasi trattato³¹⁵ e la esclude dal novero delle organizzazioni sovranazionali. In altre parole, non comportando limitazioni di sovranità come nel caso del diritto dell’UE, il diritto della Convenzione non può godere di diretta applicabilità, poiché al suo sistema non sono state cedute quote di sovranità, non essendo, peraltro, configurabile una simile ipotesi, dal momento che non ci troviamo di fronte ad un ordinamento giuridico.

Ecco, dunque, che “la distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento nei termini stabiliti dalla pregressa giurisprudenza di questa Corte, nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, ma non producono effetti diretti nell’ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto”³¹⁶. Ciò detto, la Corte precisa che per la CEDU non può farsi valere la rilevanza del parametro dell’art. 11 Cost., che per nessuna ragione potrebbe essere considerato quale strumento di copertura costituzionale per le norme della Convenzione³¹⁷. Sulla base di tali argomentazioni, la Corte chiarisce senza mezzi termini che la CEDU non è direttamente applicabile, ma che, in virtù dell’art. 117, comma primo Cost., può integrare la generica formula di “obblighi internazionali”, divenendo fonte interposta nel giudizio di costituzionalità di una norma interna, ma esclusivamente nel caso in cui rispetti l’intera architettura costituzionale. Peraltro, tale possibilità viene giudicata come un’ipotesi estrema, dal momento che le antinomie devono essere portate dinanzi alla Corte

³¹⁵ Le peculiarità del sistema CEDU sono note e discendono da svariate motivazioni, prima fra tutte l’esistenza di una Corte *ad hoc* che si preoccupa di interpretare la normativa della Convenzione. Peraltro, è proprio la Corte di Strasburgo a chiarire più volte la differenza tra la CEDU ed i trattati internazionali, si pensi, in particolare, alla nota sent. *Irlanda c. Regno Unito* del 1978, nella quale si sostiene che “a differenza dei trattati internazionali di tipo classico, la Convenzione travalica l’ambito della semplice reciprocità degli Stati contraenti”.

³¹⁶ Sent. 348/2007.

³¹⁷ Sent. 349/2007.

costituzionale solo nel caso in cui siano insanabili in via interpretativa da parte del giudice comune, essendo l'interpretazione conforme il primario strumento di risoluzione dei contrasti tra norme. Nel sostenere ciò, paradossalmente, la Corte riconosce una valenza fondamentale alla CEDU, sostenendo che essa integra, ispira, orienta il catalogo interno dei diritti, ma in nessun caso può subire il medesimo trattamento del diritto dell'UE³¹⁸.

Si tratta, dunque, di pronunce di particolare rilievo, poiché in grado di chiarire qual è il trattamento "domestico" della CEDU, marginalizzando, tuttavia, qualsiasi forma di ragionamento assiologico-sostanziale relativamente ai valori da bilanciare. Tale aspetto viene esaminato con maggiore attenzione nelle sentt. 311 e 317 del 2009, attraverso le quali vengono sviluppati degli elementi in parte già presenti nelle precedenti pronunce del 2007. In prima battuta, la Consulta precisa che sui giudici nazionali incombe l'obbligo di non discordarsi dalle interpretazioni che la Corte europea dei diritti dell'uomo attribuisce alle disposizioni della CEDU, riprendendo ed ampliando gli accenni fatti nelle sentenze gemelle al ruolo interpretativo della Corte. Tale elemento, peraltro, era già stato chiarito nella precedente pronuncia 39 del 2008, allorquando il Giudice delle Leggi parlava di una soggezione all'interpretazione della Corte EDU e di un'impossibilità per le giurisdizioni nazionali di integrare il significato da essa attribuito ai precetti della Convenzione. In altre parole, "la funzione interpretativa della Corte di Strasburgo è diventata ora talmente eminente da escludere qualsiasi intervento da parte di altri giudici"³¹⁹, tanto che la Consulta afferma che "è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve"³²⁰. Probabilmente ciò che la Corte giudicava corretto ai più è parsa una misura del tutto sproporzionata³²¹ e, ad ogni modo, mai richiesta dalla Corte EDU, che si è dimostrata rispettosa delle peculiarità statali elaborando la dottrina del margine di

³¹⁸ Per l'esame delle sentenze 348 e 349/2007, in particolare F. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Il Dir. dell'UE*, 3/2008; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in forumcostituzionale.it; C. ZANGHI, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in giurcost.org; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in forumcostituzionale.it; G. PILI, *Il nuovo "smalto costituzionale" alla CEDU agli occhi della Consulta*, in forumcostituzionale.it; S. PENASA, *Tanto rumore per nulla o meglio tardi che mai? Ancora sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale, tra dubbi ermeneutici e possibili applicazioni future*, in forumcostituzionale.it.

³¹⁹ O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a Est...*, cit., p. 415.

³²⁰ Sent. 311/2009.

³²¹ In particolare, una severa critica è quella di A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in associazionedeicostituzionalisti.it.

apprezzamento³²². Peraltro, tali affermazioni sembrano porsi in aperto contrasto con quanto ha sostenuto la Corte costituzionale in materia di sistematica delle fonti del diritto, dal momento che se alla CEDU si attribuisce rango di fonte sub-costituzionale³²³, l'impostazione gerarchica, quantomeno in ambito interpretativo, non ha alcuna ragion d'essere, considerato, inoltre, che la Corte di Strasburgo mai ha preteso una soggezione delle Corti nazionali. Quel che appare singolare è che ancora oggi la Consulta non sia stata in grado di comprendere qual è il principio ispiratore che deve guidare il rapporto tra Corti in Europa, un rapporto che per nessuna ragione, quantomeno in materia di diritti, può ispirarsi al rigido criterio gerarchico, ma, piuttosto, orientato ad una visione pluralistica, in cui le Corti, come le Carte, non soltanto sono disposte sul medesimo piano, ma devono volgersi l'una verso l'altra per farsi rigenerare a vicenda³²⁴.

Dalle sentenze del 2009 emerge un'ulteriore peculiarità, poiché se da un lato la Corte parla di un vincolo stringente relativo all'interpretazione della Corte di Strasburgo, facendo credere di aver tralasciato il concetto di margine di apprezzamento, dall'altro torna su tale problematica, affrontandola in maniera diretta in entrambe le pronunce³²⁵. La sent. 311/2009, peraltro, chiarisce un punto fondamentale, rimasto nell'ombra all'interno delle sentenze gemelle e relativo al parametro costituzionale, poiché la Consulta sostiene che il giudice comune deve sempre fare il possibile per sanare in via interpretativa le antinomie

³²² Si pensi, per quanto riguarda l'Italia, al caso *Simaldone c. Italia*, in cui la Corte di Strasburgo sottolineava che “la circostanza che il metodo di calcolo dell'indennizzo previsto nel diritto interno non corrisponda esattamente ai criteri dalla Corte non è decisiva, dal momento che le giurisdizioni arrivano ad accordare somme non irragionevoli rispetto a quelle accordate dalla Corte in casi simili”.

³²³ Sent. 93/2010.

³²⁴ A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, cit.

³²⁵ Sembra inequivocabile, nella sent. 311/2009, la volontà della Consulta di “rispondere” alla sent. *Lautsi c. Italia*, con cui la Corte di Strasburgo aveva stabilito una sanzione per violazione dell'art. 9 CEDU e dell'art. 2 del Protocollo n. 1 della CEDU in riferimento all'esposizione obbligatoria del crocefisso nelle scuole. In effetti, nel momento in cui la Consulta sostiene che “le decisioni in questo campo implicano, infatti, una valutazione sistematica dei profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti, come è stato riconosciuto, ad esempio, con la formula del margine di apprezzamento in materia fiscale”, è difficile non scorgere l'intento di dare una risposta alla Corte EDU. Peraltro, anche la sent. 317/2009 è una chiara risposta alla pronuncia 10415/2009 della Corte di Cassazione, con la quale si era fatto valere il margine di apprezzamento nazionale senza, tuttavia, sollevare la questione dinanzi alla Consulta, la quale precisa che “il margine di apprezzamento nazionale può essere determinato avuto riguardo soprattutto al complesso dei diritti fondamentali, la cui visione ravvicinata e integrata può essere opera del legislatore, del giudice delle leggi e del giudice comune, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze”: il monito appare, dunque, chiaro in queste ultime battute. Tuttavia, analizzando la vicenda dal punto di vista della Cassazione, è comprensibile l'atteggiamento assunto, atteso che se essa avesse sollevato la questione relativa alla legge Pinto sui criteri di calcolo dell'indennità espropriativa dinanzi alla Consulta, avrebbe corso il rischio di una dichiarazione di incostituzionalità della legge Pinto per contrasto con la CEDU (o della CEDU per contrasto con la Costituzione?).

tra norma interna e CEDU³²⁶, ma se ciò non fosse possibile “deve sollevare la questione di costituzionalità, con riferimento al parametro dell’articolo 117, primo comma Cost., ovvero anche dell’art. 10, primo comma Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta”. Si tratta di un’affermazione senza dubbio di rilievo, ma è altrettanto legittimo dubitare che potrà mai tradursi in pratica, dal momento che, fatta eccezione per le disposizioni in materia di tortura, sono esigue le disposizioni CEDU ricognitive di norme internazionali generalmente riconosciute. Fra l’altro, se tale asserzione si traducesse in pratica, ci troveremmo di fronte a casi in cui la Convenzione assumerebbe rango sub-costituzionale e altri in cui avrebbe forza para-costituzionale. Ciò potrebbe costituire un elemento di positività, in particolare per chi³²⁷ si domanda se debba ancora parlarsi di una gerarchia delle fonti del diritto; tuttavia l’impatto sulla certezza del diritto sarebbe notevole, dal momento che taluni diritti riceverebbero un trattamento privilegiato per il fatto di godere della copertura dell’art. 10 Cost., mentre altri resterebbero confinati a diritti di rango sub-costituzionale, malgrado siano essi contenuti nel medesimo testo. Non è, poi, di facile comprensione questo singolare cambiamento d’opinione, dal momento che la sent. 349/2007 sosteneva l’esatto contrario, escludendo, in conformità con la costante giurisprudenza della Corte, l’impossibilità di far rientrare la CEDU nell’ambito di operatività dell’art. 10 Cost.

Malgrado le critiche, gli elementi di positività di tali sentenze si colgono anche sul piano assiologico-sostanziale, che, finalmente, inizia a trovare un posto nell’autorevole voce della Consulta. In effetti, il breve accenno fatto nella sent. 348/2007, allorché la Corte sostiene che, in ogni caso, il controllo di costituzionalità delle leggi nazionali con la CEDU “deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall’art. 117, c. 1 Cost. e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione”, viene approfondito nella sent. 317/2009. Tale pronuncia sembra accogliere il concetto cardine ed ispiratore della tutela più intensa, poiché viene ammessa la possibilità di dimostrare che, in un caso specifico, la CEDU è in grado di assicurare una tutela più intensa ad un determinato diritto, dando alla Consulta la possibilità di far prevalere la disposizione della

³²⁶ F. LIBERATI, *Corte costituzionale e giudici comuni nell’adattamento della CEDU al diritto interno: tra tentativo di disapplicazione e obbligo di interpretazione conforme a Convenzione*, in *federalismi.it*; F. POLACCHINI, *Cedu e diritto dell’Unione Europea nei rapporti con l’ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *giurcost.org*.

³²⁷ A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, *cit.*

Convenzione su quella della Costituzione³²⁸. Tali argomentazioni non possono che essere accolte con favore all'interno di un panorama in cui la tutela multilivello dei diritti esige che la gerarchia tra fonti del diritto non risponda più a degli schemi rigidi, rendendosi capace di dar vita ad un circolo virtuoso, in cui è la tutela più intensa a prevalere, indipendentemente dalla fonte in cui essa è contenuta³²⁹.

Malgrado i passi avanti compiuti dalla Corte costituzionale, è semplice scorgere un trattamento di maggior *favor* nei confronti della Convenzione del 1950 da parte delle supreme giurisdizioni ordinarie ed amministrative, in particolare successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel dicembre 2009³³⁰. Successivamente a tale data, in effetti, autorevoli voci si sono poste nuovamente in aperto contrasto con quanto la Consulta aveva ritenuto non auspicabile relativamente all'attuazione diretta della CEDU³³¹. Tale atteggiamento trova giustificazione nel cambiamento del quadro giuridico di riferimento, dunque dalla "comunitarizzazione" della Convenzione e dall'obbligo in capo all'UE di aderire a questa, secondo l'art. 6 TUE. In effetti, sembrano essere queste le motivazioni che inducono il Consiglio di Stato ad emanare la sent. 1220/2010³³², secondo la quale "in questa fase del giudizio la sezione deve fare applicazione dei principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dal'art. 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009)". Un percorso analogo è quello seguito dal TAR Lazio nella sent. 11984/2010, con la quale, in sede di disamina dei rapporti tra ordinamento interno e sistema CEDU, secondo il TAR, non si può non tenere conto della novità costituita dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, poiché "Le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione (...) in forza del diritto comunitario (...). Si aprono quindi inedite prospettive per la interpretazione conformativa, ovvero per la possibile disapplicazione, da parte del giudice nazionale, delle norme nazionali, statali o regionali, che evidenzino un contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, a maggior ragione

³²⁸ A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, cit.

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a Est...*, cit., p. 427.

³³¹ A. SCHILLACI, *Il Consiglio di Stato e la CEDU*, in *diritticomparati.it*.

³³² G. COLAVITTI, C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso? Nota a Consiglio di Stato, sent. 2 marzo 2010, n. 1220*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

quando (...) la Corte di Strasburgo si sia già pronunciata sulla questione. Ciò potrà avvenire in via generale per tutti i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, e non più, come è finora avvenuto, solo nei casi in cui un diritto fondamentale della Convenzione abbia acquisito una specifica rilevanza nel diritto dell'Unione mediante il recepimento in una norma comunitaria, ovvero mediante il suo impiego, quale principio generale, in una decisione della Corte di Lussemburgo”.

Secondo tale ragionamento, il “riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla Cedu come principi interni al diritto dell'Unione, (...) ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli stati membri dell'Unione e, quindi, nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo per il giudice nazionale di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario”. Appare, dunque, evidente la volontà del giudice amministrativo di accogliere la tesi secondo cui la disposizione di cui all'art. 6, par. 3 TUE abbia determinato la “comunitarizzazione” delle disposizioni della Cedu; attraverso tale “varco normativo”³³³ le norme della Convenzione assumerebbero diretta ed immediata efficacia all'interno dell'ordinamento nazionale.

Il ragionamento posto in essere dal Consiglio di Stato e dal TAR Lazio, secondo la Consulta, è ben lungi dal corrispondere alla realtà, tanto che con la sent. 80 del 2011 coglie l'occasione per ribadire, ancora una volta, che, “a parte la dolorosa e sofferta eccezione resasi necessaria per conformarsi alla *Simmenthal doctrine* della Corte di Giustizia”³³⁴, non c'è alcuna possibilità del configurarsi di un controllo diffuso di convenzionalità. Le posizioni assunte dalle giurisdizioni amministrative vengono, dunque, censurate senza mezzi termini, attraverso una ricostruzione difficilmente confutabile ad opera della Consulta, secondo la quale “occorre ricordare come l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, nel testo in vigore sino al 30 novembre 2009, stabilisse, al paragrafo 2, che l'“Unione rispetta

³³³ F. POLACCHINI, *Cedu e diritto dell'Unione Europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in giurcost.org.

³³⁴ O. POLLICINO, *La Corte costituzionale, su un rinvio della Corte di cassazione, richiama all'ordine il Giudice amministrativo in merito alla asserita diretta applicabilità della CEDU*, in diritticomparati.it

i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario". Tale disposizione recepisce "un indirizzo adottato dalla Corte di giustizia fin dagli anni settanta dello scorso secolo – tanto la CEDU quanto le "tradizioni costituzionali comuni" degli Stati membri (fonti esterne all'ordinamento dell'Unione) non assumevano rilievo come tali, ma in quanto da esse si traevano "i principi generali del diritto comunitario" che l'Unione era tenuta a rispettare. Sicché, almeno dal punto di vista formale, la fonte della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea era unica, risiedendo, per l'appunto, nei "principi generali del diritto comunitario", mentre la CEDU e le "tradizioni costituzionali comuni" svolgevano solo un ruolo strumentale all'individuazione di quei principi". Ciò precisato, la Corte richiama la sent. 349/2007, ricordando che era già stato rifiutato che la "qualificazione [...] dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario potesse farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Cost. e, con essa, la spettanza al giudice comune del poterdovere di non applicare le norme interne contrastanti con la Convenzione". Il monito, tuttavia, è ancora più chiaro in un ulteriore passaggio della sentenza in esame, in cui si affronta in maniera diretta la problematica del mutato quadro giuridico di riferimento, sostenendo che, malgrado ciò, è da escludere una possibile diretta applicabilità della CEDU, dal momento che restano valide tutte le considerazioni svolte dalla Corte in materia di salvaguardia dei diritti precedenti al Trattato di Lisbona. Le motivazioni di tale argomentazione appaiono più evidenti allorquando la Consulta si preoccupa di rispondere a quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, sostenendo che "a prescindere da ogni ulteriore considerazione, occorre peraltro osservare come – analogamente a quanto è avvenuto in rapporto alla prefigurata adesione dell'Unione alla CEDU (art. 6, paragrafo 2, secondo periodo, del Trattato sull'Unione europea; art. 2 del Protocollo al Trattato di Lisbona relativo a detta adesione) – in sede di modifica del Trattato si sia inteso evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta di Nizza dello «stesso valore giuridico dei trattati» abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione. L'art. 6, paragrafo 1, primo alinea, del Trattato stabilisce, infatti, che «le disposizioni della Carta non

estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati». A tale previsione fa eco la Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona, ove si ribadisce che «la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi dell'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati». I medesimi principi risultano, peraltro, già espressamente accolti dalla stessa Carta dei diritti, la quale, all'art. 51 (anch'esso compreso nel richiamato titolo VII), stabilisce, al paragrafo 1, che «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»; recando, altresì, al paragrafo 2, una statuizione identica a quella della ricordata Dichiarazione n. 1. Ciò esclude, con ogni evidenza, che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (tra le più recenti, ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, *Mariano*) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, *McB*; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, *Krasimir e altri*). La Consulta si preoccupa, infine, di escludere che l'asserita diretta applicabilità della CEDU possa essere desunta dalla previsione dell'adesione dell'UE alla CEDU, precisando che «Nessun argomento in tale direzione può essere tratto, anzitutto, dalla prevista adesione dell'Unione europea alla CEDU, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta. A prescindere da ogni altro possibile rilievo, la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, dunque, allo stato, ancora improduttiva di effetti. La puntuale identificazione di essi dipenderà ovviamente dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata»³³⁵.

³³⁵ Più recentemente, Corte di Giustizia, Grand. Sez., sentenza del 24 aprile 2012, C-571/10, nella quale ha affrontato la questione relativa all'applicazione diretta della CEDU da parte dei giudici, nel caso in cui leggi nazionali vi contrastino. Nel caso di specie, la Corte si è pronunciata su una questione sollevata, tramite rinvio pregiudiziale, dal Tribunale di Bolzano, il quale poneva alla Corte un quesito cruciale circa l'obbligo che l'art. 6 TUE imporrebbe ai giudici nazionali di disapplicazione delle norme di diritto interno in conflitto con la CEDU. La Corte, partendo dall'assunto secondo cui tale articolo non riguardi affatto i rapporti tra CEDU ed ordinamento interno, afferma che l'art. 6 non impone la disapplicazione della norma contrastante con la CEDU, poiché esso non determina la «comunitarizzazione» della Convenzione stessa. Sul punto, in particolare, il commento, dal titolo particolarmente evocativo, di A. RUGGERI, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012)*, in *giurcost.it*

Probabilmente ci si aspettava che la Corte riprendesse il percorso inaugurato con la sentenza 317/2009, continuando a ragionare di tutela più intensa del diritto, ma ciò non è accaduto, poiché la Consulta dimostra di voler revisionare quella posizione, la quale sembrava corrispondere ad una modifica dei rapporti tra i due ordinamenti, attestandosi su quanto aveva stabilito nel 2007³³⁶.

A modificare ancora una volta tale posizione, interviene la pronuncia 113 del 2011, con la quale la Corte costituzionale dimostra una maggiore apertura verso il sistema CEDU, accettando la riapertura del giudicato a seguito di una sentenza della Corte di Strasburgo. Invero, tale cambiamento è dovuto in particolare all'entrata in vigore del Protocollo n. 14 della CEDU³³⁷ che ha modificato, tra l'altro, l'art. 46 della Convenzione, introducendovi tre ulteriori paragrafi con cui si prevede che "il Comitato dei Ministri possa chiedere alla Corte di Strasburgo una decisione interpretativa, quando vi siano dubbi circa il contenuto di una sentenza definitiva in precedenza adottata, tali da ostacolare il controllo sulla sua esecuzione (paragrafo 3 della art. 46); nonché, soprattutto, che possa chiedere alla Corte una ulteriore pronuncia, la quale accerti l'avvenuta violazione dell'obbligo di una Parte di conformarsi alle sue sentenze (paragrafi 4 e 5)". La Consulta accoglie con favore tali previsioni, leggendovi, non a torto, una maggiore incisività delle sentenze di Strasburgo, mettendo in evidenza che il nuovo ricorso per inadempimento³³⁸ ha un impatto notevole sugli Stati, poiché si può esercitare una pressione ulteriore per l'esecuzione delle sentenze di Strasburgo. La sentenza 113/2011, dunque, inaugura una nuova stagione, poiché ammette la riapertura del processo interno, previa richiesta di revisione della sentenza di condanna, quando la "stessa risulti necessaria, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei Diritti dell'Uomo"³³⁹, rimediando, quindi, all'assenza nell'ordinamento interno di una norma rivolta a tale scopo. La pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art.

³³⁶ A. RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in giurcost.org.

³³⁷ A. SACCUCCI, *L'entrata in vigore del Protocollo n. 14 e le nuove regole procedurali per la sua applicazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, n. 4.

³³⁸ L'art. 16 del Protocollo n. 14 alla CEDU modifica l'articolo 46 della Convenzione e crea un procedimento di infrazione nei riguardi degli Stati contraenti. Secondo il nuovo meccanismo, qualora lo Stato rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia di cui è parte, il Comitato dei Ministri può avviare davanti alla Corte europea una procedura di infrazione. Se la Corte EDU accerta la violazione da parte di uno Stato contraente dell'obbligo di conformarsi alle sue sentenze, rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché esamini le misure da prendere.

³³⁹ Sent. 113/2011.

630 c.p.p. in riferimento all'art. 117, c. 1 della Costituzione ed all'art. 46 della CEDU richiama, in effetti, al rispetto delle sentenze della Corte di Strasburgo, ma, serve al contempo, a precisare che, in tal caso, la Corte è stata “posta di fronte ad un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più attinente a diritti fondamentali” ed è “tenuta comunque a porvi rimedio”. In tal modo, la Consulta interviene in materia penale, derogando al principio cardine secondo cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato, ma permette, a differenza della sentenza della Cassazione nel caso *Dorigo*³⁴⁰, di dare completa esecuzione all'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea.

Dalla sent. 113/2011 emerge, senza dubbio, un maggiore rispetto verso la CEDU, ma, ancora una volta, la Corte muta il suo indirizzo, dimostrando di alternare fasi di maggiore apertura verso la Convenzione e, soprattutto, nei confronti di quel sistema assiologicamente orientato verso cui deve necessariamente tendere. Sarebbe auspicabile il riconoscimento di una copertura

³⁴⁰ Non è possibile affrontare nel dettaglio il caso *Dorigo*, basterà ricordare che Paolo Dorigo, condannato dalla Corte d'Assise di Udine a 13 anni e sei mesi di reclusione per reati a finalità terroristica, rivolgeva un'istanza alla Commissione europea dei Diritti dell'Uomo sostenendo la lesione del proprio diritto ad un equo processo, ai sensi dell'art. 6 della CEDU, per essere stato condannato sulla base di dichiarazioni rese da tre coimputati non esaminati in contraddittorio. La Commissione europea accertava la “non equità” del processo interno per violazione dell'articolo 6 della CEDU (*Affaire Dorigo c. Italie, requête no 33286/96, Rapport de la Commission du 9 septembre 1998*). Successivamente, il Comitato dei Ministri sollecitava a più riprese lo Stato italiano ad adottare le misure necessarie a garantire l'osservanza della propria decisione senza ottenere alcun risultato. Il Pubblico Ministero di Udine, chiedeva, quindi, alla Corte d'Assise di Udine di verificare la legittimità della detenzione e di sospendere l'esecuzione della pena. La richiesta, tuttavia, veniva rigettata, lamentando l'assenza nell'ordinamento italiano di un apposito rimedio per la rinnovazione del processo valutato non equo dalla Corte europea. Contro l'ordinanza di rigetto della Corte d'Assise veniva promosso ricorso dinanzi alla Cassazione, la quale dichiarava l'inefficacia dell'ordine di carcerazione per contrasto con la CEDU e disponeva la liberazione del Dorigo. Contestualmente la Corte di Appello di Bologna, adita dal condannato con istanza di revisione, sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 comma 1, lett. a) c. p. p., in riferimento agli artt. 3, 10, 27 Cost., nella parte in cui “esclude, dai casi di revisione, l'impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza della Corte europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo”. La Corte costituzionale dichiarava infondata la questione “con specifico riferimento ai parametri di costituzionalità che sono stati richiamati”, ma non mancava di rivolgere al legislatore “un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazione ai principi sanciti dall'art. 6 CEDU” (sent. 129/2008). Di fronte all'inerzia del legislatore, la Corte di Appello di Bologna è tornata, nel 2008, a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., ma sotto il profilo della violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. e dell'art. 46 della CEDU, nella parte in cui non prevede la rinnovazione del processo per contrasto della sentenza o decreto penale di condanna con la sentenza definitiva della Corte EDU. La Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile e fondata nel merito la questione di legittimità costituzionale. Cfr. D. TEGA, *Il seguito delle sentenze di condanna della Corte dei diritti di Strasburgo: è nato un quarto grado di giudizio?*, in forumcostituzionale.it; G. CAMPANELLI, *La sentenza 129/2008 della Corte costituzionale e il valore delle decisioni della Corte EDU: dalla ragionevole durata alla ragionevole revisione del processo*, in giurcost.org; V. SCIARABBA, *Il problema dell'intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e... legislatore?*, 2008, in giurcost.org.

costituzionale alla CEDU, poiché solo così se ne valorizzerebbe realmente la specialità; tuttavia ciò che pare ancora più auspicabile è la Consulta recuperare l'atteggiamento assunto nel 2009, quando essa stessa si era preoccupata di dibattere di "tutela più intensa". Tuttavia, alla luce della sentenza 230/2012, in tema di revoca della sentenza per abolizione del reato, pare che tale atteggiamento positivo abbia subito una brusca battuta d'arresto, poiché la Corte costituzionale si è – nuovamente! – preoccupata di intervenire in tema di rapporti con l'ordinamento CEDU. Al contrario delle aspettative, la Consulta ha inteso porre nuovamente le distanze dal sistema della Convenzione di Roma, tanto da indurre ad una domanda fondamentale, come si può parlare di sistemi integrati o tutela multilivello senza dialogo e senza integrazione. In particolare, come è possibile integrare i sistemi in presenza di una Corte che rivede continuamente le sue posizioni in merito, oscilla dalla tutela più intensa alla divisione fra ordinamenti o, volendo usare un raffronto lucido e quanto mai riuscito, una Corte che come una novella Penelope fa e disfa a suo piacimento³⁴¹ (o per interesse?).

6. L'apertura all'ordinamento internazionale nella Costituzione francese: "un monismo apparente"

Volgendo lo sguardo verso l'ordinamento francese è facile cogliere un netto ridimensionamento delle teorie dualiste, più diffuse in Italia ed in Germania. È già il tenore letterale dell'art. 55 Cost. a porerci un punto di vista molto differente rispetto a quello esaminato finora, poiché secondo tale disposizione "I trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno, appena pubblicati, un'efficacia superiore a quella delle leggi, con la riserva, per ciascun accordo o trattato, della sua applicazione da parte dell'altro contraente". La superiorità della fonte internazionale viene, dunque, proclamata *expressis verbis* all'interno del Testo costituzionale, ponendo come unico limite la riserva di reciprocità³⁴², dal momento che la preminenza delle fonti internazionali è garantita rispetto

³⁴¹ A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in diritticomparati.it

³⁴² Il limite della riserva di reciprocità è quello incontrato dalla superiorità del diritto internazionale, come chiarito dal Consiglio costituzionale con giurisprudenza costante: prima fra tutte la sent. 74-54 DC con la

a qualsiasi tipo di legge³⁴³ e, per tale ragione, sembra accogliere quel monismo, tipicamente kelsenino, in virtù del quale la primazia è riconosciuta al diritto internazionale. In realtà, tale previsione non introduce nulla di particolarmente innovativo, ma, semplicemente, attua un principio cardine del diritto internazionale, secondo il quale nessuno Stato può invocare la propria Costituzione per giustificare la violazione degli obblighi da esso assunti in sede internazionale³⁴⁴. Parte della dottrina francese ritiene che ciò sia confermato proprio dall'art. 54 Cost., secondo il quale, in caso di antinomia tra Costituzione ed obblighi internazionali, è necessario procedere ad una revisione del Testo fondamentale, mettendo in luce la necessità di lasciare che siano gli obblighi internazionali a prevalere sulla normativa interna³⁴⁵. Tuttavia, al fine di determinare gli effetti del principio di supremazia dei trattati, è necessario distinguere tra leggi precedenti e successive ai trattati, poiché un obbligo internazionale ratificato attraverso legge parlamentare acquista una *vis abrogans* peculiare all'interno dell'ordinamento francese, essendo in grado di prevalere in maniera diretta anche su norme di rango costituzionale. Tuttavia, il dubbio sorge relativamente agli accordi internazionali ratificati senza l'intervento del Parlamento, poiché in tal caso il primo garante della costituzionalità diviene il Presidente della Repubblica, al quale spetta, in tal caso, un compito fondamentale, ovvero quello di operare esso stesso il controllo dell'attinenza di tali obblighi alla Carta costituzionale.

Ecco, dunque, che l'apparente monismo rigido della Costituzione francese subisce un ridimensionamento netto, tanto che il Consiglio costituzionale, nel 1975, si preoccuperà di chiarire che tale primato dei trattati sulla legge interna non è paragonabile e non è, dunque, della medesima natura di quello della Costituzione sulle leggi³⁴⁶. Appare, dunque, necessario domandarsi in quale misura tale primazia del diritto pattizio venga assicurata, poiché l'interpretazione letterale dell'art. 55 Cost., ha subito un ridimensionamento nel diritto vivente, ad opera del Consiglio costituzionale. Pare, dunque, che tale primazia possa dirsi, in qualche modo, relativa, dal momento che il trattato prevale sulla legge

quale il Consiglio sostiene il carattere "relativo e contingente" del diritto internazionale, una posizione che si è, poi, attenuata nelle successive sentt. 80-126 DC, 98-408 DC, 92-308 DC, 98-400 DC.

³⁴³ R. PINTO, *Sub Art. 55*, in F. LUCHAIRE, G. CONAC (a cura di), *La constitution de la république française*, Paris, 1987.

³⁴⁴ Peraltro, è quanto stabilito dall'art. 27 della Convenzione di Vienna, secondo il quale "Una parte non può invocare le disposizioni della propria legislazione interna per giustificare la mancata esecuzione di un trattato", recependo, in tal modo, una regola generale del diritto internazionale.

³⁴⁵ R. PINTO, *Sub Art. 55*, in F. LUCHAIRE, G. CONAC (a cura di), *La constitution de la république française*, cit., p. 1067.

³⁴⁶ Cfr. V. COSTANTINESCO, S. PIERRE²-CAPS, *Droit constitutionnel*, Paris, 2004, p. 260.

esclusivamente all'interno del suo campo d'attuazione, ma è, altresì, legata al principio di reciprocità, poiché esso contribuisce a garantirla. In tal senso, non sembra scorretto affermare che anche nell'ordinamento francese viga il paradosso secondo il quale una norma contraria al trattato non è *ipso facto* incostituzionale. Peraltro, salve le precisazioni di cui dirà in seguito, in Francia, al contrario dell'Italia, il controllo di convenzionalità di una norma interna è una questione su cui il legislatore di revisione costituzionale è intervenuto nel 2008, stabilendo, in primo luogo, che in caso di “doppia pregiudiziale”, diviene necessario risolvere, in prima battuta, la questione di costituzionalità e che, di regola, il suddetto controllo non spetta al Consiglio costituzionale, ma, piuttosto, alle supreme giurisdizioni ordinarie³⁴⁷, alle quali spetta il compito di “filtro”, nella misura in cui hanno l'obbligo di giudicare la sussistenza dei requisiti al fine di sollevare la questione davanti al Consiglio. In tal senso, un dato fondamentale deve essere messo in luce, poiché strettamente collegato ad un principio cardine dell'ordinamento francese e relativo alla primazia della Costituzione, poiché se il legislatore di riforma decide di rendere prioritaria la questione di costituzionalità, tale scelta non è, senza dubbio, arbitraria, ma si pone in accordo con l'architettura costituzionale d'Oltralpe, atteso che la supremazia della Costituzione non può essere messa in discussione³⁴⁸.

Emerge, dunque, un dato fondamentale ed indubbiamente in linea di continuità con l'ordinamento italiano, atteso che anche in Francia le norme dei trattati regolarmente approvati si impongono sulla legislazione interna contraria³⁴⁹ e le antinomie normative vengono risolte, in primo luogo, attraverso l'obbligo dell'interpretazione conforme. Dunque, solo nel caso in cui tali antinomie risultino insanabili, diviene necessario disapplicare la legge interna incompatibile.

Tale impostazione consente, chiaramente, all'ordinamento internazionale di prevalere gerarchicamente su quello statale³⁵⁰ e, peraltro, appare del tutto coerente con l'apertura dell'ordinamento francese a quello internazionale già presente nel Preambolo

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ S. PIERRE'-CAPS, “*La questione prioritaria di costituzionalità e l'articolazione del controllo di costituzionalità e del controllo di convenzionalità nella protezione dei diritti fondamentali in Francia*”, in in AA.VV. (a cura di S. Gambino), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nordamericana*, Milano, 2012.

³⁴⁹ Tale forza è riconoscibile alla stessa CEDU, come confermato dalla Cour de Sûreté de l'Etat nel 1976, *Sieur X*, R.G.D.I.P., 1977. In materia di accordi internazionali, la giurisprudenza costante della Corte di Cassazione ha sostenuto che “la legge anteriore è considerata come abrogata da un trattato” (sent. *Touffait*, 1970), anche il Consiglio di Stato ha sostenuto la medesima tesi, dichiarando che “il trattato abroga la legislazione anteriore” (sent. *Comimfi*, 1949).

³⁵⁰ Cfr. A. PITINO, *Il monismo francese e i controlimiti all'integrazione dell'ordinamento interno con l'ordinamento dell'Unione europea*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *La Costituzione francese. Atti del convegno biennale dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, 2009.

della Costituzione francese del 1946³⁵¹, della quale ricalca, in particolare, alcune disposizioni³⁵², le quali, sembrano delineare una struttura monista del rapporto tra ordinamenti. In effetti, e pur rinviando la comparazione degli ordinamenti al capitolo conclusivo, è difficile non cogliere le similitudini tra il Preambolo francese del 1946 e l'art. 10 della Costituzione italiana, nella misura in cui entrambi rispondono alla vocazione di operare un adattamento automatico e permanente alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute. Sembra necessario, però, precisare che nell'ordinamento francese il diritto internazionale generalmente riconosciuto non ha goduto dello stesso favore garantitogli dall'ordinamento italiano; basti richiamare la celebre sentenza *Aquarone* del Consiglio di Stato del 1977, nella quale si affermava che l'art. 55 Cost. non prescrive che i giudici amministrativi debbano far prevalere la consuetudine in caso di conflitto con la legge interna³⁵³. Una posizione, questa, che appare plausibile se si ammettono le differenze tra un dato normativo monista ed un diritto vivente orientato al dualismo³⁵⁴, ma tale prospettiva sembra essere ancor più verosimile se si ricordano le forti opposizioni della Francia alla Convenzione di Vienna³⁵⁵.

L'assetto dei rapporti normativi tra fonti interne e fonti internazionali è, in effetti, disciplinato da un complesso di disposizioni costituzionali che evidenziano, ad una lettura più attenta, una forte ambiguità che caratterizza i rapporti tra ordinamenti³⁵⁶ e mette in dubbio il monismo che, ad una prima lettura, la Francia sembra accogliere, per lasciare spazio ad un sistema in cui la Costituzione continua ad essere posta al vertice della gerarchia tra fonti del diritto. Le disposizioni di riferimento sono contenute negli artt. 53.1, 54, 55 e 88.1 della Costituzione francese, alle quali deve necessariamente essere aggiunta

³⁵¹ Secondo il quale “La Repubblica francese, fedele alle sue tradizioni, si conforma alle regole del diritto pubblico internazionale. Essa non intraprenderà nessuna guerra in vista di conquiste, e non impiegherà mai le sue forze contro la libertà di alcun popolo. Con riserva di reciprocità, la Francia consente alle limitazioni di sovranità necessarie per l'organizzazione e la difesa della pace”.

³⁵² Si tratta, in particolare, degli artt. 26 e 28 della Costituzione del 1946, secondo i quali “Les traités diplomatique régulièrement ratifié et publié ont force de la loi dans le cas même où ils seraient contraire à des lois françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives qui auraient été nécessaire pour assurer leur ratification”; “Les traités diplomatique régulièrement ratifié et publié ayant une autorité supérieure à celle des lois internes, leurs dispositions ne peuvent être modifiée par voi diplomatique”.

³⁵³ Consiglio di Stato, sentt. *Aquarone*, n. 148683/1977 e *Paulin*, n. 178834/2000.

³⁵⁴ Relativamente al diritto consuetudinario, la giurisprudenza francese non è unanime, poiché se il Consiglio di Stato non riconosce alle consuetudini la capacità di imporsi sulle norme interne contrastanti, dello stesso parere non è il Consiglio costituzionale: DC 75-59; DC 81-132; DC 82-139; DC 85-196; DC 85-197; DC 92-308.

³⁵⁵ In particolare i dibattiti relativi agli artt. 53 e 64 della Convenzione, relative alla definizione di norme imperative di diritto pubblico internazionale. Cfr. P. COSTANZO, *La “nuova” Costituzione della Francia*, Torino, 2009, p. 429 e ss.

³⁵⁶ M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil Constitutionnel e le Corti europee: dall'indifferenza al dialogo?*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, 2006.

ogni singola disposizione relativa a quello che potremmo definire il *ruolo esterno* del Consiglio costituzionale, ovvero quello volto a salvaguardare l'armonia tra diritto internazionale e Costituzione. All'interno di tale quadro normativo, la prevalenza della Costituzione sui trattati pare non poter essere messa in dubbio, dal momento che le previsioni dell'art. 55 della Costituzione gollista del 1958 devono leggersi in combinato disposto con quanto dispone l'art. 54 Cost., secondo il quale "Se il Consiglio costituzionale (...) ha dichiarato che l'impegno internazionale comporta una clausola contraria alla Costituzione, l'autorizzazione a ratificare o ad approvare l'impegno internazionale in questione non può intervenire se non dopo una revisione della Costituzione". Il Testo costituzionale è, dunque, concepito come fonte suprema, tanto da indurre taluni a definire la clausola dell'art. 54 Cost. come clausola posta a salvaguardia della Costituzione³⁵⁷. In tal senso, è proprio la Costituzione che, da un lato, rende possibile l'unità tra i due ordinamenti, ma, dall'altro, pone dei limiti a tale integrazione, prevedendo che il diritto internazionale, una volta ratificato, goda del primato rispetto alla legge interna, ma impedisce che ciò possa accadere nei confronti di norme di rango costituzionale, rispetto alle quali è richiesta una preventiva verifica di conformità. La revisione costituzionale persegue, in tal caso, l'obiettivo di ristabilire l'armonia tra fonti del diritto, concedendo al Consiglio costituzionale di esprimersi, secondo lo schema del controllo di costituzionalità preventivo, su una norma *in fieri*, indicando, se del caso, la necessità di una riforma capace di risolvere le antinomie normative e ristabilire la primazia costituzionale. Tale prevalenza appare ancora più chiaramente nell'apparentemente inoffensivo art. 53.1 Cost., introdotto con legge costituzionale 93-925 ed in grado di offrire chiare indicazioni relativamente al rapporto tra Costituzione e trattati, malgrado si "limiti" a disciplinare la condizione giuridica dello straniero. In effetti, la limitazione di sovranità discendente dalla riserva di reciprocità in materia di accordi in materia d'asilo, è solo apparente, dal momento che il comma secondo della disposizione in questione radica la prevalenza dell'ordinamento giuridico nazionale, stabilendo che si attribuisce alle sole autorità francesi di concedere l'asilo a chiunque sia perseguitato per reati politici, anche se ciò dovesse significare andare contro gli accordi internazionali³⁵⁸.

³⁵⁷ G. GERBASI, *Le tutele euro-costituzionali dei diritti fondamentali tra Corti e fonti normative*, cit., p. 66.

³⁵⁸ M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil Constitutionnel e le Corti europee: dall'indifferenza al dialogo?*, cit., p. 334.

Il rango delle fonti internazionali è, dunque, superprimario³⁵⁹ o para-costituzionale, dal momento che non è permesso a tali norme di derogare alla Costituzione, ma gli è concesso di imporsi sulla legge ordinaria³⁶⁰. Pare, dunque, che “il principio della sovranità nazionale costituisce un costante riferimento nella giurisprudenza del Conseil concernente i rapporti tra ordinamento interno e ordinamento internazionale”³⁶¹.

Sembra, quindi, che in Francia le norme poste in essere da organismi differenti da quelli statali siano in grado di vincolare esclusivamente il legislatore ordinario e non anche quello costituzionale³⁶², dal momento che la fonte esterna non si impone al Testo fondamentale in maniera automatica, ma, in caso di antinomia, ciò avviene solo per volontà del potere costituente, ovvero attraverso le procedure di revisione costituzionale. Il monismo espresso dall’art. 55 Cost. è, dunque, meramente apparente, poiché la portata di tale disposizione è stata interpretata in maniera estremamente restrittiva, fino al punto di dar vita ad una sorta di dualismo di fatto, in cui il Testo fondamentale viene preservato da qualsiasi “attacco” proveniente dall’esterno. Si potrebbe, certo, configurare un monismo con primato dell’ordinamento interno, ma neanche in tal caso le clausole a salvaguardia della Costituzione troverebbero una valida giustificazione. L’ordinamento francese, dunque, sembra seguire un percorso inverso a quello italiano, poiché se questo ridimensiona il proprio marcato dualismo, la giurisprudenza d’oltralpe si concentra sulla volontà di rendere meno rigido quel monismo costituzionale che poteva avere ragion d’essere quando era la legge a godere di un primato indiscusso, ma che tende a sfocarsi allorquando la Costituzione diviene fonte sulle fonti.

Per ciò che attiene alla procedura di ratifica dei trattati internazionali, come si accennava, è essa stessa che, in qualche misura, tende a “stemperare” la portata dell’art. 55 Cost. e, probabilmente, non a caso è contenuta nella disposizione che lo precede. In altri termini, risulterebbe impreciso giudicare le modalità di apertura verso l’esterno

³⁵⁹ Si tratta del medesimo rango attribuito alla legge organica.

³⁶⁰ La giurisprudenza, in tale ambito, è costante: Consiglio di Stato, sentenza *Sarran et Levacher*, 1998, secondo la quale “La supremazia conferita [dall’art. 55 Cost.] agli obblighi internazionali non si applica, nell’ordine interno, alle disposizioni di natura costituzionale”; sulla stessa scia, la sentenza *SNIP*; la pronuncia della Corte di Cassazione *Paauline Fraisse*, del 2000; la sent. del Consiglio costituzionale DC 2004-496 del 10 giugno 2004; DC 2006-535 del 30 marzo 2006; 2006-540 del 27 luglio 2006; DC 2006-543 del 30 novembre 2006.

³⁶¹ M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil Constitutionnel e le Corti europee: dall’indifferenza al dialogo?*, *cit.*, p. 335.

³⁶² In tal senso, appare chiara la pronuncia *M. Sarran*, n. 200268/1998, nella quale si stabilisce che “Considérant que si l’article 55 de la Constitution dispose que ‘les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie’, la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s’applique pas, dans l’ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle”. Nello stesso senso la sentenza *Lavacher et autres*, n. 200287/1998.

dell'ordinamento francese basandosi esclusivamente su quanto stabilito dalla *clausola internazionale* dell'art. 55 Cost., ma appare, altresì, improprio leggere l'art. 54 Cost. come la volontà del costituente di garantire la primazia del diritto internazionale³⁶³. Al contrario, le disposizioni devono essere lette in maniera unitaria, al fine di comprendere che il monismo francese è del tutto apparente, poiché il diritto internazionale prevale esclusivamente sulla legge ordinaria e, in caso di contrasto con le disposizioni di rango costituzionale, non è il Testo fondamentale a cedere, poiché, se così fosse, le disposizioni dell'art. 54 Cost. non avrebbero ragion d'essere³⁶⁴. Ancor più semplicemente, è possibile affermare che le disposizioni dell'art. 55 Cost. per diventare effettive devono prima superare il limite posto dall'art. 54 Cost. e ciò ridimensiona notevolmente il monismo francese³⁶⁵.

In accordo con un sistema semi-presidenziale, all'interno del quale i poteri del Presidente della Repubblica sono particolarmente ampi, l'art. 52 Cost. stabilisce che spetta a quest'ultimo negoziare e ratificare i trattati internazionali³⁶⁶, i quali, tuttavia, non possono entrare in vigore se non successivamente alla loro pubblicazione, che avviene attraverso un decreto dello stesso Presidente. Il meccanismo di ratifica dei trattati è simile a quello vigente nell'ordinamento italiano, poiché anche in Francia è necessario l'intervento parlamentare per talune tipologie di accordi internazionali³⁶⁷, ma il ruolo del Capo dello Stato è, senza dubbio, preminente rispetto a quanto è stato registrato nell'ordinamento italiano. Il procedimento utilizzato per “trasformare” il diritto internazionale in diritto interno è, anche in tal caso, di tipo speciale, poiché il decreto del Presidente successivo alla ratifica equivale, in qualche misura, ad un ordine di esecuzione, imponendo l'osservanza della norma ratificata³⁶⁸. Per ciò che attiene alle norme non *self-executing*, il procedimento seguito è di tipo ordinario, necessitando queste di una norma interna di recepimento ed

³⁶³ Cfr. V. COSTANTINESCO, S. PIERRE'-CAPS, *Droit constitutionnel*, Paris, 2004, p. 260.

³⁶⁴ Peraltro, come ben fan notare Pierré-Caps, se il diritto internazionale avesse tali potenzialità, dovrebbe entrare “di diritto” all'interno del “blocco di costituzionalità”, in base al quale viene giudicata l'attinenza a Costituzione della normativa interna. Tuttavia, i trattati non sono parte del blocco perché il loro rango è paracostituzionale. V. COSTANTINESCO, S. PIERRE'-CAPS, *Droit constitutionnel*, cit., p. 259.

³⁶⁵ Cfr. A. PITINO, *Il monismo francese e i controlimiti all'integrazione dell'ordinamento interno con l'ordinamento dell'Unione europea*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *La Costituzione francese. Atti del convegno biennale dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, cit., p. 540 e ss.

³⁶⁶ P. MANIN, *Sub art. 52 Cost.*, in F. LUCHAIRE, G. CONAC (a cura di), *La constitution de la république française*, cit., p. 1002.

³⁶⁷ Secondo l'art. 53 Cost. “I trattati di pace, i trattati di commercio, i trattati o accordi relativi all'organizzazione internazionale, quelli che impegnano le finanze dello Stato, quelli che modificano disposizioni di natura legislativa, quelli relativi allo status delle persone e quelli che comportano cessione, scambio o aggregazione di territori, possono essere ratificati o approvati solo in virtù di una legge”.

³⁶⁸ C. DECARO, *L'ordinamento francese nella dimensione europea fra europeizzazione della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto europeo*, in M. CAVINO, A. DI GIOVINE, E. GROSSO (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Dossier IV DPCE, 2010.

attuazione. Tuttavia, la peculiarità rilevante relativa a tale procedura è quella contenuta all'art. 54 Cost., secondo il quale “Qualora il Consiglio costituzionale, incaricato dal Presidente della Repubblica, dal Primo ministro, dal Presidente di una delle due assemblee, da sessanta deputati o sessanta senatori, dichiarati che un impegno internazionale contiene clausole contrarie alla Costituzione, l'autorizzazione a ratificare o ad approvare l'impegno internazionale in questione può intervenire solo dopo revisione della Costituzione”.

Quanto accennato finora mette in luce la volontà di tale disposizione di preservare la primazia della Carta costituzionale dagli eventuali attacchi provenienti dal diritto prodotto oltre le frontiere nazionali³⁶⁹ e malgrado l'asserita primazia di tali norme all'interno della disposizione successiva. Il meccanismo volto a garantire tale superiorità costituzionale è, senza dubbio, in linea con il meccanismo francese sul controllo di costituzionalità³⁷⁰, dunque un esame *a priori* della norma, preventivo alla sua entrata in vigore e, per tale ragione, sovente definito di tipo politico o come parte dello stesso procedimento normativo³⁷¹. Gli stessi lavori preparatori della Costituzione del 1958 confermano l'aspirazione dell'articolo in questione di salvaguardare la superiorità della Norma fondamentale, poiché è stata proprio l'ostilità dei gollisti all'integrazione europea a dare origine a tale meccanismo, il quale dà vita ad una sorta di barriera tra la Costituzione ed i trattati, nel tentativo di salvaguardare sovranità ed indipendenza dello Stato³⁷². Dunque, è nel caso in cui il trattato comporti clausole contrarie a Costituzione e, più nel dettaglio, in grado di minacciare la sovranità e l'indipendenza dello Stato, che la sua ratifica deve essere preceduta da una revisione costituzionale³⁷³. Non è scontato, dunque, il ruolo del Consiglio costituzionale nell'ambito del suo potere esterno, poiché su esso grava la responsabilità di stabilire, caso per caso, quando possono dirsi violate le condizioni essenziali della sovranità, in particolare per una istituzione che, al contrario di quella italiana, non è mai intervenuta in materia di principi costituzionali supremi, pur vedendosi attribuito tale ruolo fondamentale nella loro salvaguardia. Ecco, dunque, che il principio ispiratore di tale clausola risiede nella volontà di salvaguardare la Costituzione e lasciare che essa possa “cedere” di fronte al diritto internazionale solo per volontà del potere costituente.

³⁶⁹Cf. F. LUCHAIRE, *Sub art. 54 Cost.*, in F. LUCHAIRE, G. CONAC (a cura di), *La constitution de la république française*, cit., p. 1060.

³⁷⁰Cfr. L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, 1998.

³⁷¹*Ibidem*.

³⁷² Cfr. F. LUCHAIRE, *Sub art. 54 Cost.*, in F. LUCHAIRE, G. CONAC (a cura di), *La constitution de la république française*, cit., p. 1059.

³⁷³ In particolare, la sent. del Consiglio costituzionale DC 70-39 del giugno 1970.

Tuttavia, l'importanza dell'art. 54 Cost. può essere colta soprattutto in relazione al diritto dell'Unione Europea, poiché il suo impatto sull'architettura costituzionale statale è senza dubbio più significativo di quello del diritto internazionale e, in effetti, tale procedura era stata pensata proprio al fine di porre un argine al diritto comunitario, ma ha finito per essere applicata ad ogni normativa prodotta all'esterno, nell'intento di salvaguardare la sovranità della Costituzione, contribuendo a delineare il volto di un monismo solo apparente.

7. Gli obblighi comunitari tra clausole europee e controlimiti: la peculiarità dell'ordinamento francese

Come accennato in precedenza, le categorie classiche relative al rapporto tra ordinamenti difficilmente possono applicarsi al quadro comunitario, dal momento che l'Unione Europea tende a divenire una categoria distinta rispetto alle organizzazioni internazionali e sovranazionali. Appare, dunque, fondamentale domandarsi come un ordinamento ispirato ad un apparente monismo, come quello francese, abbia risposto al fenomeno di una integrazione³⁷⁴ sempre crescente e slegata dalle categorie analitiche classiche³⁷⁵.

A differenza dell'Italia, dove incomprensibilmente la necessità di concedere all'UE più solide basi costituzionali non è stata avvertita³⁷⁶, la Francia ha compreso la reale portata dell'integrazione, "aggiornando" il Testo costituzionale in modo da legittimare in

³⁷⁴ Il rapporto tra l'ordinamento francese ed il processo di integrazione è stato caratterizzato innegabilmente da una forte ambiguità, dal momento che pur essendo uno dei membri fondatori e, soprattutto, patria di grandi teorici dell'integrazione, la Francia ha sovente manifestato una certa avversione per la sovranazionalità. Si può ricordare, in tal senso, il dissenso nei confronti della CED, o la "crisi della sedia vuota" dovuta al disaccordo con la Commissione sul finanziamento alla politica agricola comune, poi risolta con il compromesso di Lussemburgo, il veto, nel 1963, all'ingresso nell'UE della Gran Bretagna o quello al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Cfr. P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia, cit.*, p. 388 e ss.

³⁷⁵ È noto che a pochi anni di distanza dal TCE del 1957 è stata proprio la Corte di Giustizia a distinguere l'organizzazione sovranazionale europea dalle altre organizzazioni internazionali, leggendo i rapporti con gli Stati membri in una prospettiva rigidamente monista: in particolare con le sentt. *Van Gend e Loos* del 1963 (C-26/62) e *Costa c. ENEL* del 1964 (C-6/64). La Corte riteneva che l'ordinamento comunitario fosse un ordinamento giuridico a sé stante ed integrato negli ordinamenti statali, i quali avevano liberamente ceduto ad esso parte della sovranità in maniera definitiva, accettando la primazia e la diretta applicabilità del diritto dell'UE. È altrettanto noto, tuttavia, che a tale interpretazione dei rapporti tra ordinamenti, alcune Corti nazionali abbiano opposto una riserva di sovranità, come nel caso italiano e tedesco. Cfr. A. LA PERGOLA, *Costituzione e integrazione europea: il contributo della giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, p. 816 e ss.

³⁷⁶ Eccezione fatta per il 117, 1 Cost., nel quale, tuttavia, è veramente difficile scorgere la volontà del legislatore di revisione di introdurre una clausola europea nella Costituzione.

maniera espressa il fenomeno comunitario. In effetti, proprio in occasione della ratifica del Trattato di Maastricht, l'ordinamento francese, prendendo atto dell'insufficienza a legittimare l'impatto comunitario delle generiche norme internazionaliste, ha inteso sottoporre a revisione la propria Carta costituzionale³⁷⁷. Tuttavia, proprio tali clausole internazionaliste hanno svolto un ruolo fondamentale nel processo comunitario, tanto che, come si accennava, la portata dell'art. 54 Cost. può essere apprezzata, in particolare, con riguardo al fenomeno comunitario, poiché più volte il Consiglio costituzionale³⁷⁸ ha avuto modo di sottolineare che, stante la disposizione in questione, nel caso in cui le tappe dell'integrazione europea comportino un trasferimento di competenza tale da mettere in discussione quelle che il consiglio ha definito le "condizioni essenziali di esercizio della sovranità nazionale", l'autorizzazione alla ratifica dovrà essere preceduta da una revisione costituzionale. Tale clausola, applicata al fenomeno comunitario, sembra acquistare un'importanza che solo marginalmente poteva cogliersi nei rapporti internazionali, poiché deve leggersi in combinato disposto con le nuove previsioni costituzionali, in modo da cogliere la volontà francese di introdurre adeguamenti costituzionali *ad hoc* nei casi di trasferimento di sovranità all'UE.

Dunque, è in occasione del Trattato di Maastricht che la Francia inserisce un nuovo Titolo all'interno della propria Costituzione, il XIV, rubricato "Delle Comunità europee e dell'Unione europea"³⁷⁹, che persegue l'obiettivo di autorizzare il trasferimento di competenze e di consentire l'esercizio di voto ai non cittadini residenti in Francia alle elezioni locali. In vista della ratifica del Trattato di Amsterdam, l'ordinamento francese ha deciso di introdurre nuove disposizioni costituzionali, finalizzate ai nuovi trasferimenti di competenza in materia di circolazione, ampliamento dei diritti parlamentari e diritto d'asilo³⁸⁰.

Il primo elemento da mettere in luce, dunque, è che attraverso l'art. 88.1 Cost. la Francia abbia perseguito l'obiettivo di fornire una base costituzionale esplicita ai trasferimenti di competenza verso l'UE³⁸¹, dal momento che in precedenza il Consiglio

³⁷⁷ Cfr. G. GERBASI, *Le tutele euro-costituzionali dei diritti fondamentali tra Corti e fonti normative*, Cosenza, 2004, pp. 67 e ss. L'Autore sottolinea come "in nessun altro Stato membro, come in Francia, è stato preso così sul serio l'impatto costituzionale delle tappe comunitarie registrate negli anni '90".

³⁷⁸ In particolare, le sentenze relative alla ratifica dei Trattati di Maastricht ed Amsterdam: 92-308 DC; 97-349 DC.

³⁷⁹ Composto dagli artt. 88.1, 88.2, 88.3 e 88.4 Cost.

³⁸⁰ Analogamente, una revisione dell'art. 88. 2 Cost. ha riguardato il mandato d'arresto europeo. Cfr. P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia, cit.*, p. 393 e ss.

³⁸¹ La prima decisione riguardante il trattato di Maastricht è stata *Maastricht I*, n. 92-308 DC del 9 aprile 1992, resa su ricorso del Presidente della Repubblica, e con la quale si chiedeva al Conseil constitutionnel se la ratifica del trattato avrebbe richiesto una modifica della Costituzione. In primo luogo, rispondendo

costituzionale aveva dovuto appellarsi all'alinea 15 del Preambolo del 1946 per legittimare tali trasferimenti³⁸².

All'interno di tale dato costituzionale, una posizione peculiare occupano, invece, i Trattati istitutivi dell'Unione, poiché con la sent. 70-39 DC, il Consiglio ha chiarito che i Trattati di Roma e Parigi rientrano nella fattispecie di cui all'art. 55 Cost. ed hanno un'autorità superiore rispetto alla legge, tale che non possono divenire oggetto di controllo di costituzionalità, godendo di una "*immunité constitutionnelle*"³⁸³.

Il Consiglio costituzionale può, dunque, esercitare sui Trattati europei il controllo preventivo ex art. 54 Cost., secondo il quale gli atti soggetti a controllo sono gli "obblighi internazionali", ovvero trattati o accordi bilaterali o plurilaterali, nonché le leggi di autorizzazione alla loro ratifica secondo la procedura dell'art. 61 comma 1. Si è, tuttavia, assistito ad una certa flessibilità nella definizione di "obblighi" da parte della giurisprudenza del Conseil, soprattutto per ciò che attiene al diritto comunitario, come accaduto, ad esempio, attraverso le sentenze 70-39 DC del 19 giugno 1970 e 76-71 DC del 30 dicembre 1976. In tali casi erano state deferite, rispettivamente, al Conseil constitutionnel una decisione del Consiglio delle Comunità europee del 21 aprile 1970 istituente il regime proprio delle risorse delle Comunità, ed una decisione del Consiglio delle Comunità europee del 20 settembre 1976 riguardante l'elezione a suffragio universale

apertamente alla questione sottoposta dal Presidente della Repubblica – se fosse cioè possibile operare un controllo *a posteriori* dei trattati comunitari già ratificati attraverso l'esame del trattato di Maastricht –, il Conseil rispondeva in maniera negativa. Successivamente, il Consiglio, concentrandosi sulle singole disposizioni del Trattato di Maastricht, affermava che l'art. 8 B del trattato di Maastricht, con il quale si concedeva a tutti i cittadini residenti nell'Unione l'elettorato attivo e passivo alle elezioni municipali dello Stato di residenza era da considerarsi incompatibile con la Costituzione, dal momento che, secondo il combinato disposto degli artt. 24 e 72 e 3 della Costituzione francese, l'elezione dei rappresentanti delle "collectivités locales", incidendo sull'elezione del Senato, era riservata dall'art. 3 Cost. solamente ai cittadini francesi. L'incostituzionalità veniva affermata anche in relazione alle norme del Trattato di Maastricht riguardanti l'Unione economica e monetaria e quelle sulla politica comune dei visti; in effetti, tali norme risultavano lesive delle condizioni essenziali d'esercizio della sovranità nazionale. Riguardo all'Unione economica e monetaria, il Conseil affermava che la creazione di tale Unione e il suo affidamento ad un sistema di banche centrali indipendenti dagli Stati avrebbe eliminato il potere decisionale della Francia riguardo la propria valuta. Quanto alla politica comune dei visti, il Conseil ha ritenuto incostituzionale il futuro abbandono della regola dell'unanimità nell'elaborazione – da parte del Consiglio delle Comunità – della politica dei

visti nei confronti di paesi terzi. A seguito della declaratoria di incostituzionalità, con la legge costituzionale n. 92-554 del 25 giugno 1992 il Congresso ha apportato le necessarie modificazioni al testo fondamentale per permettere la ratifica del Trattato di Maastricht. La riforma, pur limitandosi alle singole disposizioni del trattato ritenute contrarie alla Costituzione, determina un netto avanzamento nel processo comunitario. In particolare, all'interno del quadro costituzionale, l'Unione europea trova una sua posizione rispetto al posto assegnato al diritto internazionale tradizionale, assegnando ad essa di un interno Titolo, il XV, all'interno Testo fondamentale.

³⁸² È impossibile non cogliere una linea di continuità con l'ordinamento italiano, dal momento che l'alinea 15, come l'art. 11 della Costituzione italiana, era stato concepito per aderire all'ONU, ma ha funto da base costituzionale per legittimare il trasferimento di competenze all'UE.

³⁸³ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, 2001, p. 290.

dei membri dell'Assemblea delle Comunità. Si era deciso, dunque, di ricorrere al Conseil sulla base dell'art. 54 Cost., poiché tali atti, qualificati come trattati, richiedevano una legge di autorizzazione alla ratifica nonché la creazione di disposizioni interne per dar loro attuazione, benché non fosse chiaro se rientrassero realmente negli atti sottoponibili a controllo *ex art. 54 Cost.* In effetti, tale disposizione circoscrive il controllo ai soli accordi internazionali da ratificare o approvare; per cui, un controllo non potrebbe mai essere operato nei confronti di atti emanati sulla base dei trattati, quali le direttive ed i regolamenti comunitari, i quali non richiedono alcuna procedura di ratifica o approvazione da parte degli Stati membri. Nonostante tali perplessità, in entrambe le sentenze, il Consiglio costituzionale si è dichiarato competente a controllare la compatibilità di tali atti con la Costituzione. Probabilmente, tale decisione è ascrivibile alla volontà di controllare atti in grado di toccare settori "sensibili" della sovranità nazionale, come la disciplina delle elezioni a suffragio universale e diretto dei membri dell'allora Assemblea parlamentare europea. Peraltro, nella sentenza 76-71 DC, il Conseil, volendo uscire dall'*impasse* di dover giustificare la propria competenza, afferma che il controllo di compatibilità dei trattati potrebbe avvenire anche per il tramite dell'art. 61 comma 1, dunque attraverso l'esame della legge d'autorizzazione alla ratifica. Appare piuttosto chiaro che l'obiettivo perseguito dal Conseil è stato quello di attrarre nella propria sfera di competenza gli atti comunitari, pur essendone dubbia la loro natura di accordi internazionali.

Lentamente, il Conseil ha riconosciuto la specificità della costruzione europea rispetto al diritto internazionale tradizionale, soprattutto per la sua peculiare capacità di incidere sull'ordinamento nazionale. Dal punto di vista testuale, il riconoscimento di specificità trova riscontro nel cambiamento del parametro costituzionale relativo alle limitazioni di sovranità; se prima, l'aggancio era individuato nel comma 15 del Preambolo della Costituzione del 1946, che permette alcune limitazioni alla sovranità statale, e nell'art. 55, attraverso il quale si riconosce la superiorità in genere dei trattati sulle leggi, oggi la partecipazione della Francia all'Unione viene ricondotta all'art. 88 Cost., in cui si dispone che la Francia partecipa pienamente all'Unione europea esercitando in comune con gli altri Stati membri alcune competenze.

Per ciò che attiene all'effettività dell'art. 55 Cost., essa viene garantita, in primo luogo, dai giudici amministrativi e da quelli ordinari, chiamati ad effettuare il controllo di convenzionalità, avente ad oggetto la conformità delle legge agli accordi internazionali, sul quale il Consiglio costituzionale, sulla base dell'art. 61 Cost., si è dichiarato

incompetente³⁸⁴. L'art. 61 Cost. dispone, in effetti, che il Consiglio costituzionale può essere chiamato a valutare la costituzionalità delle leggi prima della loro promulgazione, ma, considerando che tale tipo di controllo si estende alle leggi adottate dal Parlamento al fine di dare esecuzione ai regolamenti o alle direttive dell'UE, esso può condurre ad una verifica indiretta della conformità al Testo costituzionale del diritto derivato dell'UE³⁸⁵. In effetti, tale circostanza si è verificata sovente nella giurisprudenza del Consiglio, almeno fino alla sentenza 2004-496 DC, nella quale esso si è dichiarato incompetente a verificare il controllo generale di convenzionalità sulle leggi che recepiscono le direttive comunitarie³⁸⁶. Più nel dettaglio, il Consiglio si ritiene competente a controllare una legge nazionale che recepisce una direttiva europea per quanto riguarda le disposizioni costituzionali e si ritiene che tale controllo giurisdizionale è possibile solo relativamente alle leggi nazionali che recepiscono una direttiva concretamente³⁸⁷. Inoltre, è stato stabilito che le giurisdizioni nazionali sono competenti a rivedere le leggi nazionali in materia di recepimento delle direttive comunitarie, al fine di garantirne la precedenza sulle norme nazionali, perché hanno la possibilità di proporre una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia europea. Dunque, in base all'articolo 55 della Costituzione e della posizione espressa dal Conseil constitutionnel, il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione devono garantire la prevalenza dagli strumenti europei nell'ordinamento nazionale. Tuttavia, nell'analizzare la posizione francese relativamente agli strumenti europei, emergono alcuni dati fondamentali, in primo luogo si può osservare un'evoluzione favorevole in relazione all'uso di strumenti europei da parte della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato. In effetti, oggi le Corti appaiono meno riluttanti nel citare tali strumenti e nel disapplicare una normativa nazionale al fine di assicurare il primato e l'effetto diretto degli strumenti europei, ma lo sono anche meno nel sottoporre alla Corte di Giustizia questioni pregiudiziali e, soprattutto, nel riconoscere peculiarità alla costruzione europea.

³⁸⁴ In particolare, il Consiglio ha sostenuto, nella sent. 74-54 DC, che “una legge contraria ad un trattato non sarà, per tale stessa ragione, contraria a Costituzione”; nella sent. 86-21 DC, il Consiglio ha chiarito che tale compito spetta esclusivamente ai giudici ordinari ed a quelli amministrativi in sede di controllo di convenzionalità, disapplicando le norme di legge contrarie ai trattati. Sulla problematica, parimenti, le sentt. 91-298 DC, 2006-535 DC.

³⁸⁵ Cfr. A. PITINO, *Il monismo francese e i controlimiti all'integrazione dell'ordinamento interno con l'ordinamento dell'Unione europea*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *La Costituzione francese. Atti del convegno biennale dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, cit., p. 542.

³⁸⁶ Peraltro, fino al 2004, i ricorsi che hanno avuto ad oggetto presunti contrasti tra la legge interna che garantisce attuazione alle norme comunitarie sono stati esigui e tutti risolti in maniera favorevole alle norme di recepimento: sentt. 77-90 DC e 77-89 DC.

³⁸⁷ M. FURTANOVA, *Report on France*, in O. POLLICINO, G. MARTINICO (a cura di), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, cit., 2010, p. 207 e ss.

La Francia tornerà successivamente a confrontarsi con la struttura comunitaria e, in tal senso, non si può non accennare alla sentenza relativa al Trattato di Lisbona e, in particolare, al caso *Melki*³⁸⁸, attraverso il quale la Corte di Giustizia si è pronunciata in seguito ad un rinvio pregiudiziale sollevato proprio dalla Corte di Cassazione, la quale dubitava della “legittimità comunitaria” della *Loi organique* 2009-1523, attuativa del nuovo art. 61.1 Cost. relativo al nuovo sistema di controllo di costituzionalità delle leggi in Francia³⁸⁹. La “saga *Melki*”³⁹⁰ si apre, dunque, all’indomani della riforma costituzionale francese, poiché secondo la Cassazione, tale norma si poneva in contrasto con l’art. 267 TFUE, il quale stabilisce l’obbligo per le giurisdizioni nazionali di ultima istanza di adire la Corte di Giustizia in caso di dubbio relativo alla legittimità o all’interpretazione del diritto dell’UE. La *loi organique* francese, nelle argomentazioni della Cassazione, si sarebbe posta in contrasto con tali disposizioni imponendo ai giudici comuni di valutare in via prioritaria le eventuali questioni di legittimità costituzionale, impedendo loro di adire la Corte di Giustizia al fine di valutare la conformità di una norma con il diritto dell’UE. Peraltro, la Cassazione metteva in luce il fatto per cui, ex art. 62 Cost., le decisioni del Consiglio non sono più impugnabili e da ciò sarebbe derivata l’impossibilità del giudice nazionale di adire la Corte di Giustizia, violando l’obbligo costituzionale contenuto nell’art. 88.1 Cost. Il Consiglio Costituzionale, tuttavia, rifiutava tale interpretazione attraverso la *Décision* 2010-605, resa nel contesto di un giudizio di costituzionalità *a priori* ed attraverso la quale si preoccupava di smentire ogni argomentazione della Cassazione. Riprendendo la sua celebre *dottrina IVG*, il Giudice delle leggi sottolineava, dapprima, che non rientra nei suoi compiti verificare la conformità delle norme interne agli obblighi internazionali, non rientrando questi nel blocco di costituzionalità, asserzione dalla quale discende che la legge organica, nello stabilire la priorità della questione di costituzionalità, non ostacola il giudice nell’esercizio del controllo di convenzionalità. In effetti, il fatto per cui una norma sia stata oggetto di giudizio di costituzionalità non osta al potere del giudice comune di sottoporla a controllo di convenzionalità, rivolgendosi, eventualmente, alla Corte di Giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale. La decisione della Corte di Lussemburgo è stata, senza dubbio, ugualmente decisa, ma altrettanto diplomatica, se si considera che, nell’ambito del giudizio, l’Avvocato generale Mazák aveva suggerito di

³⁸⁸ Corte di Giustizia sent. *Melki e Abdeli* C-188/2010 e C-189/2010.

³⁸⁹ La Cassazione, nel suo ruolo di “filtro”, era stata investita dell’eccezione di incostituzionalità dal Tribunale di Lille, pronunciandosi definitivamente sulla questione con l’*Arrêt* 12132.

³⁹⁰ La quale, peraltro, deve essere ricordata anche per la celerità, essendo stata istruita e portata a sentenza entro il termine di due mesi, il che dimostra la volontà della Corte di Giustizia di “tendere la mano” alla Corte Costituzionale francese, così da incentivare il dialogo.

dichiarare l'illegittimità comunitaria della norma francese. Malgrado ciò, la Corte ha basato la propria pronuncia su tre argomentazioni fondamentali; in primo luogo, il rinvio pregiudiziale viene definito colonna portante dell'architettura comunitaria e ciò comporta che a tutti i giudici nazionali debba essere garantito il diritto-dovere di sollevarlo; in secondo luogo, la Corte riprende la giurisprudenza *Simmenthal*, ribadendo che i giudici nazionali hanno l'obbligo di dare attuazione in maniera diretta al diritto dell'UE, senza dover attendere la rimozione della norma interna contrastante da parte del giudice nazionale; in conclusione, viene precisato che il diritto-dovere al rinvio pregiudiziale non può essere pregiudicato da qualsivoglia meccanismo di controllo di costituzionalità interno, che, in tal caso, risulterebbe sicuramente lesivo del principio di leale collaborazione. Nonostante tali affermazioni, la Corte si limita, in definitiva, a rimettere al giudice *a quo* il compito di stabilire se la legge organica francese possa essere interpretata in maniera conforme al diritto comunitario o se tale contrasto è del tutto insanabile, lasciando ad esso, altresì, la possibilità di decidere se attivare prima controllo di costituzionalità o il rinvio pregiudiziale³⁹¹.

A seguito di tale pronuncia, la Cassazione ha deciso di non trasmettere la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Lille al Consiglio costituzionale, invitando i giudici comuni a valutare in maniera diretta la conformità al diritto UE della disposizione oggetto del giudizio principale. Il contrasto è stato, dunque, superato e, senza dubbio, anche le perplessità della Corte di Cassazione³⁹².

³⁹¹ Secondo la Corte di Giustizia “L’art. 267 TFUE osta ad una normative di uno Stato membro che instaura un procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale delle leggi nazionali, nei limiti in cui il carattere prioritario di siffatto procedimento abbia l’effetto di impedire – tanto prima della trasmissione di una questione di legittimità costituzionale all’organo giurisdizionale nazionale incaricato di esercitare il controllo di costituzionalità delle leggi, quanto, eventualmente, dopo la decisione di siffatto organo giurisdizionale su detta questione – a tutti gli altri organi giurisdizionali nazionali di esercitare la loro facoltà o di adempiere il loro obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte. Per contro, l’art. 267 TFUE non osta a siffatta normativa nazionale, purché gli altri organi giurisdizionali nazionali restino liberi di: sottoporre alla Corte, in qualsiasi fase del procedimento che ritengano appropriata, ed anche al termine del procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria, di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione e, di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell’Unione. Spetta al giudice del rinvio verificare se la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali possa essere interpretata in maniera conforme a siffatti precetti del diritto dell’Unione”.

³⁹² Sulla sentenza *Melki*, in particolare Cfr. F. FABBRINI, *Sulla “legittimità comunitaria” del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Melki*, in *Quad. Cost.*, 4/2010; D. GALETTA, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1/2011; F. FABBRINI, *La guerre des juges franco-europea (Atto IV e Epilogo)*, in *diritticomparati.it*

In sintesi, la sentenza diviene emblematica, ma altrettanto problematica, poiché se la presunta illegittimità costituzionale di una disposizione di diritto interno risulta dalla sua incompatibilità, da un lato, con i diritti e le libertà garantiti dalla Costituzione, e, dall'altro, con le disposizioni del diritto dell'Unione, il giudice *a quo* è obbligato ad adire il *Conseil constitutionnel* a discapito della Corte di Giustizia. Ciò equivale all'introduzione, nell'ordinamento francese, di un meccanismo che si pone in contrasto con il principio del primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale e sembra suscettibile di trovarsi in conflitto con la storica e consolidata giurisprudenza *Rheinmülen I* e *Simmenthal*, il cui obiettivo principale è assicurare un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione³⁹³. Peraltro, l'esito di tale accesso confronto giurisdizionale multilivello induce a "salvare" le disposizioni contestate, cosicché resta comunque la possibilità per il giudice comune di garantire scegliere se garantire l'immediata applicabilità del diritto dell'UE o adire la Corte di Giustizia. Quello che appare emblematico, è che tutto ciò poteva risolversi entro i confini nazionali, ovvero senza scomodare le Corti d'Europa, poiché se il Parlamento francese non avesse deciso di eliminare dal testo delle *Loi organique* la "clausola di salvaguardia" inserita dal Governo nel suo progetto di legge e finalizzata a consentire ai giudici nazionali di continuare ad adempiere ai propri obblighi comunitari. In altre parole, il Parlamento non si è preoccupato dei possibili effetti della sua decisione, "dimenticando" che la potestà legislativa degli Stati deve esercitarsi nel rispetto del diritto UE. Dunque, realmente ricca di spunti la "saga *Melki*", atteso che parrebbe invertire la marcia nel cammino d'Europa. La domanda, dunque, è se la pronuncia debba interpretarsi come un'eccezione o una inversione del *trend* consolidato a livello comunitario o, meglio, l'idea del primato assoluto del diritto comunitario, annunciato nella *Internationale Handelsgesellschaft* sta subendo un ridimensionamento? La dottrina *Kreil* sta facendo spazio a quella *Melki*? Forse alla luce delle previsioni dell'art. 4 del Trattato di Lisbona? Sicuramente no, dal momento che previsioni simili erano presenti tanto nella giurisprudenza quanto nella normativa comunitaria. Piuttosto, pare che in questa fase,

³⁹³ A. ALEMANNI, *Un "dietro le quinte" alla tragicommedia Melki: guerra o dialogo tra giudici?* in *diritti comparati.it*, il quale fa notare come dopo anni di consolidata giurisprudenza, un numero sempre maggiore di Stati membri "pare intenzionato a limitare la possibilità per le proprie giurisdizioni di presentare una questione pregiudiziale, subordinando il suo impiego all'esperimento di procedure nazionali o a valutazioni giuridiche emananti da un giudice di grado superiore". Si pensi soltanto alle recenti sentenze: *Cartesio*, *Filipiak*, *Elchinov*, *Küküdeveci*, *Mecanarte*, alla causa pendente *Chartry* (priorità del controllo di costituzionalità in caso di dubbio sulla conformità di una legge con diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e con quelli riconosciuti dal diritto dell'Unione europea). "Le ragioni dell'introduzione di tali forme di 'sorveglianza' all'accesso che le proprie giurisdizioni possono avere al meccanismo pregiudiziale sembra potersi ricondurre alla progressiva ingerenza del diritto dell'Unione europeo in aree tradizionalmente soggette alla sovranità nazionale (diritto penale, diritto di famiglia, la fiscalità diretta, etc.)".

l'equilibrio tra sovranità condivise, tra UE e Stati, penda a favore delle identità statali, enfatizzando gli elementi di peculiarità di ogni ordinamento³⁹⁴. Effetto dell'allargamento ad est, si potrebbe dire, poiché ciò ha indotto la Corte di Giustizia a fare i conti con realtà diverse, "dilatando" il margine di apprezzamento o, meglio, facendo un passo indietro rispetto ad altre fasi del processo di integrazione. Sarebbe, tuttavia, un'affermazione sommaria e solo marginalmente corretta. L'allargamento ha indotto l'Europa a "ripensarsi", ma non ha determinato, né, tantomeno, suggerito, un qualsivoglia passo indietro nel processo di costruzione dell'Europa Unita. Probabilmente si tratta di una fase, di una delle tante battute d'arresto che l'Unione ha conosciuto, un periodo in cui *Kreil* fa posto a *Melki*, nell'attesa della costruzione di un nuovo equilibrio tra i due opposti, tra la sovranità statale ed il primato dell'ordinamento comunitario. La ragione di tutto ciò potrebbe essere ascritta alla volontà di salvaguardare l'autonomia procedurale, la quale rientra nelle identità costituzionali degli Stati. Certo, vi è un'altra chiave di lettura: il rispetto del principio di equivalenza, poiché per l'UE è fondamentale che ai diritti di origine comunitaria siano accordate in ambito nazionale procedure e forme di tutela equivalenti a quelle accordate ai diritti di origine nazionale. È, dunque, sulla base di questo principio che si spera di conseguire un ragionevole equilibrio tra unità e diversità nell'UE. *Melki* diviene, dunque, una forzatura se si parte dall'impostazione rigidamente gerarchica generalmente adottata dalla Corte Giustizia; ma dal punto di vista del pluralismo costituzionale è tutt'altro che una forzatura. La sentenza *de qua* dipende, dunque, dalla chiave di lettura che si predilige, ma, probabilmente, guardarla nell'ottica del pluralismo costituzionale appare maggiormente propositivo per chi spera nella netta affermazione di questo³⁹⁵.

Si può osservare, peraltro, che i giudizi sulle fonti derivate dell'UE costituiscono un numero esiguo nell'ambito della giurisprudenza del Consiglio e che molto raramente si arrivi a dichiarare l'incostituzionalità di una legge impugnata. Le ragioni alla base di tale rifiuto sono ascrivibili, in primo luogo, proprio al dato costituzionale, dal momento che per le fonti derivate non potrebbero operare le disposizioni di cui all'art. 54 Cost., ma, sicuramente più rilevante, la posizione del Consiglio costituzionale, per il quale la primazia delle norme dell'UE è un elemento centrale del processo di integrazione, che ha solide basi

³⁹⁴ G. MARTINICO, *Non c'è più rispetto!! Appunti sul rapporto fra il sistema giudiziario nazionale e la Corte di giustizia*, in diritticomparati.it

³⁹⁵ In particolare, cfr. G. GERBASI, *La Corte costituzionale tra giudici comuni nazionali e Corti europee alla ricerca di una più efficace tutela dei diritti fondamentali*, in S. GAMBINO (a cura di), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nord-americana*, Milano, 2012, p. 192 e ss.

costituzionali, come lo è la trasposizione delle direttive in normativa interna, poiché essa realizza gli obblighi assunti in sede comunitaria. Per cui, la Francia, “applicando il diritto prodotto dagli organi comunitari rispetta sia un obbligo comunitario che un’esigenza costituzionale”³⁹⁶. Tale, in effetti è la logica che si pone alla base della *theorie du traité-écran*, secondo la quale nell’art. 55 si radica l’impossibilità di dichiarare l’incostituzionalità di una legge nel caso in cui quest’ultima si ponga in necessaria attuazione di un accordo internazionale regolarmente ratificato. In effetti, assegnando un valore super-legislativo ai trattati e conseguentemente al diritto da questi derivato l’art. 55 Cost. permette di evitare un controllo della legge d’attuazione del diritto comunitario.

Al Consiglio spetta, dunque, un compito molto difficile, ovvero garantire la superiorità della Costituzione in armonia con la primazia del diritto comunitario ed è probabilmente questo uno degli elementi che inducono il Consiglio a rivedere la sua posizione relativa al diritto derivato dell’UE ed a “stemperare”, in qualche misura, il netto rifiuto di qualsiasi tipo di controllo su questo.

In effetti, dapprima, perdurava la remota possibilità che il Consiglio potesse arrivare a dichiarare l’incostituzionalità indiretta di una direttiva comunitaria attraverso la legge interna di recepimento, quantomeno fino alla sentenza 2004-496 DC, nella quale il Consiglio ha affermato che “la trasposizione in diritto interno di una direttiva comunitaria deriva da una esigenza costituzionale alla quale non si può opporre ostacolo in ragione di una disposizione espressa contraria a Costituzione”, dal momento che la Francia ha liberamente scelto di esercitare talune competenze in comune con altri Stati membri della medesima organizzazione sovranazionale. In tal senso, il Consiglio costituzionale, lungi dal legittimare deroghe alla Costituzione, sottolinea che porle in rilievo non è suo compito, ma, piuttosto, ciò spetta ai giudici comuni, i quali possono servirsi, all’occorrenza dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, che è chiamata a verificare che il diritto comunitario derivato si attenga agli ambiti di competenza dell’UE e, soprattutto, rispetti le identità costituzionali degli Stati membri. È chiaro, tuttavia, che tale controllo da parte del Consiglio costituzionale permane nel caso in cui le direttive si pongano in aperto contrasto con la Costituzione³⁹⁷. In tale senso, appare fondamentale la pronuncia 2004-497 DC, poiché si sostiene che il diritto comunitario debba rispettare le identità nazionali e che

³⁹⁶ M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil Constitutionnel e le Corti europee: dall’indifferenza al dialogo?*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee, cit.*, p. 338.

³⁹⁷ Sentt. 2004-498 DC, 2004-497 DC, 2004-499 DC e 2006-540 DC, con la quale il Consiglio precisa che il limite che le direttive non devono superare è individuato in una regola o in un principio inerente all’identità costituzionale della Francia, un po’ come nella sent. 1146/1988 della Corte costituzionale italiana, ma, senza dubbio, in maniera molto meno dettagliata.

il compito di verificare tale rispetto spetta al giudice comunitario. In altre parole, il Consiglio si ritiene incompetente ad operare un controllo su una direttiva trasposta, ma ciò ha alcuni limiti, rinvenibili, in primo luogo, nel fatto che la legge deve riprodurre fedelmente la direttiva, nel caso in cui si trovassero delle “aggiunte” del legislatore si riespanderebbe il controllo del Consiglio³⁹⁸.

In secondo luogo, la direttiva non deve essere contraria al nucleo fondamentale della Costituzione, quindi porsi in aperto contrasto con regole fondamentali della tradizione giuridica francese³⁹⁹. In questi casi, il Consiglio avrà il potere di sottoporre la direttiva a controllo e, adito *ex art.* 61 Cost., esaminerà la compatibilità congiuntamente alla della legge di trasposizione; in caso di contrasto, sarà tenuto a rilevarlo per violazione dell’obbligo di cui all’art. 88.1 Cost⁴⁰⁰.

In tal senso, è facile scorgere una particolare interpretazione dei controlimiti da parte del Consiglio costituzionale francese, poiché esso consente la prevalenza del diritto comunitario su quello interno, ma ponendo delle riserve, coincidenti con le regole ed i principi relativi all’identità costituzionale della Francia⁴⁰¹. Ecco, dunque, una delle ragioni per cui il monismo francese sembra essere meramente apparente⁴⁰², poiché la dottrina dei controlimiti difficilmente può accostarsi a quel monismo kelseniano in cui a prevalere è solo un ordinamento. D’altra parte, un dato da mettere in rilievo è senz’altro quello che differenzia notevolmente la Francia dall’Italia, poiché se in entrambi gli ordinamenti i controlimiti sono una *extrema ratio*, Oltralpe lo sono ancora di più, dal momento che una revisione della Costituzione potrebbe vanificarli. Tuttavia, vi è da mettere in luce un caso, senza dubbio, estremo, ma pur sempre configurabile, dal momento che in Francia l’attivazione dei controlimiti è possibile sia *ex ante* che *ex post*, per cui si potrebbe giungere alla mancata ratifica di un trattato poiché ritenuto contrario alla parte inviolabile della Costituzione, ma si tratta di una ipotesi poco realistica, atteso che gli stessi controlimiti stentano ad essere utilizzati in ogni ordinamento che li abbia elaborati.

Cercando di scorgere un’ulteriore analogia tra Francia ed Italia, vi è da mettere in luce che anche il Consiglio costituzionale ha compiuto un cammino comunitario, partendo da una situazione di indifferenza o, meglio, resistenza nei confronti delle norme

³⁹⁸ Sentt. 2004-496 DC, 2004-497 DC, 2004-498 DC, 2004-499 DC.

³⁹⁹³⁹⁹ In particolare, la sent. 2004-498.

⁴⁰⁰ M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil Constitutionnel e le Corti europee: dall’indifferenza al dialogo?*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, cit., p. 340.

⁴⁰¹ Y. LAURANS, *La résistance des cours supreme à la primauté du droit de l’Union Européenne: entre dialogue horizontal et monologues parallèles*, in *Civitas Europa*, n. 20/2008.

⁴⁰² A. SCHILLACI, *Limitazioni di sovranità e modelli di disciplina delle relazioni tra diritto interno, internazionale e comunitario: il caso francese*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2/06 p. 539.

comunitarie⁴⁰³, con il solo scopo di proteggere l'ordinamento nazionale e la primazia della Costituzione, rifiutando di riconoscere le peculiarità dell'ordinamento comunitario ed equiparando i Trattati europei a quelli internazionali⁴⁰⁴. Non è un caso, dunque, che nel suo primo giudizio sul controllo di costituzionalità nei confronti di un atto comunitario⁴⁰⁵ il Consiglio abbia affermato che la ratifica dei trattati non comporta alcuna limitazione alla sovranità nazionale. Tuttavia, le contraddizioni insite in tale affermazione rendono estremamente debole la ricostruzione operata dal Consiglio, da un lato perché la Corte di Giustizia si muove in un terreno diametralmente opposto, parlando di un nuovo ordinamento giuridico comunitario e, dall'altro, poiché i meccanismi di adeguamento interno richiesti dal diritto comunitario non fanno altro che mettere in luce le differenze con qualsiasi altra organizzazione internazionale. Il Consiglio, in effetti, è costretto a prenderne atto gradualmente, fino all'introduzione della clausola europea, che costituzionalizza la peculiarità dell'Unione Europea. Malgrado ciò, nella sent. *Maastricht*⁴⁰⁶ il Consiglio accoglie, ancora una volta, un concetto estremamente restrittivo di trasferimento di competenze, discorrendo di una sorta di esercizio condiviso di competenze tra Unione Europea e Francia, che, senza dubbio, ridimensiona le peculiarità comunitarie⁴⁰⁷. Se, dunque, vi è stato un momento⁴⁰⁸ in cui il Consiglio costituzionale sembra aver “riposto l'arma” dei controlimiti, una lettura più attenta conferma che l'apertura all'ordinamento comunitario è lungi dall'essere intesa in senso monista e ciò tanto per il Consiglio costituzionale che per le supreme giurisdizioni ordinarie. Queste ultime, in effetti, non hanno mai esitato nel sottolineare che nessuna norma, immessa nell'ordinamento, può condurre a mettere in discussione la primazia della Costituzione⁴⁰⁹, come, peraltro, è stato sottolineato più volte dal Giudice delle leggi, il quale ha precisato

⁴⁰³ C. DECARO, *L'ordinamento francese nella dimensione europea fra europeizzazione della Constitution e costituzionalizzazione del diritto europeo*, in M. CAVINO, A. DI GIOVINE, E. GROSSO (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, cit., p. 160.

⁴⁰⁴ Ciò malgrado le affermazioni della Corte di Giustizia nelle sentt. *Van Gend & Loos* C-26-62, *Costa/ENEL* C- 6-64; *Simmenthal* C-106-77.

⁴⁰⁵ Si trattava del Trattato modificativo di alcune norme relative al bilancio europeo, sul quale il Consiglio si è espresso con la sent. 70-39 DC.

⁴⁰⁶ Sent. 93-308 DC.

⁴⁰⁷ Vi è, tuttavia, da mettere in luce anche il ruolo attivo del Consiglio costituzionale nel processo di integrazione, dal momento che le dichiarazioni di incostituzionalità e le conseguenti modifiche della Costituzione hanno consentito alla Francia di adeguarsi costantemente all'ordinamento comunitario.

⁴⁰⁸ Il riferimento è all'estate del 2004, durante la quale si sono susseguite una serie di pronunce in cui il Consiglio costituzionale ha ribadito il dovere costituzionale di attuare il diritto dell'Unione Europea: sentt. 2004- 496, 2004-497, 2004-498, 2004-499.

⁴⁰⁹ In particolare, Consiglio di Stato, 3 dicembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*; Corte di Cassazione, 2 giugno 2000, *Melle Fraisse*.

che il diritto dell'Unione non può intaccare l'identità costituzionale della Francia⁴¹⁰. Da ciò si deduce che una norma comunitaria contraria ai principi supremi dell'ordinamento non troverà la copertura costituzionale dell'art. 88.1 Cost.

Tuttavia, lasciando da parte le numerose perplessità espresse nei confronti del diritto dell'Unione, il Consiglio costituzionale, con la sentenza 2007-560-DC, relativa alla ratifica del Trattato di Lisbona, si dimostra più aperto nei confronti del diritto comunitario. In prima battuta, il *Conseil* ha confermato che le disposizioni relative alla tutela dei diritti fondamentali dell'Unione non comportano la necessità di una revisione costituzionale, né per il contenuto degli articoli della Carta dei diritti fondamentali, né per i suoi effetti sulle condizioni essenziali di esercizio della sovranità.

Riguardo all'adesione dell'UE alla CEDU, prevista dal Trattato di Lisbona e subordinata alla approvazione dei singoli Stati membri in base alle singole procedure normative, il *Conseil* ha stabilito che per l'ordinamento francese si rinvia all'autorizzazione legislativa prevista dall'art. 53 della Costituzione.

Per ciò che attiene alle disposizioni del Trattato di Lisbona relative alle competenze e al funzionamento dell'UE, il *Conseil* ritiene necessaria la revisione costituzionale, riprendendo quanto già affermato nella decisione 2004-505 DC, tanto riguardo al passaggio dall'unanimità alla maggioranza qualificata all'interno del Consiglio dei ministri europei per l'esercizio di competenze già attribuite all'Unione; quanto per il trasferimento di ulteriori competenze concernenti "lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia", poiché incidono sulle condizioni essenziali di esercizio della sovranità nazionale.

In base a questa articolata ricostruzione, il *Conseil* vincola la ratifica del Trattato di Lisbona ad una revisione del Titolo XV della Costituzione. Come era facilmente prevedibile, nonché ampiamente proclamato, l'allora Presidente Sarkozy ha preferito intraprendere la via della revisione costituzionale tramite procedura parlamentare. In tal senso, in virtù del terzo comma dell'art. 89 Cost., il Presidente della Repubblica ha deciso di sottoporre il progetto di legge governativo di revisione costituzionale al Parlamento, consapevole di riuscire a raggiungere la maggioranza qualificata dei tre quinti dell'Assemblea per l'approvazione del testo di legge, come prescrive il dettato costituzionale.

La revisione costituzionale contenuta nella legge costituzionale n. 2008-103, riguarda gran parte del Titolo XV della Costituzione francese ed in particolare gli articoli

⁴¹⁰ Sent. 2006-543. Ma anche 2004-505 e 2007-506 sul Trattato di Lisbona.

88-1, 88-2, 88-4, 88-5, con l'aggiunta di due nuovi articoli, 88-6 e 88-7. Oltre a ribadire il controllo di Assemblea nazionale e Senato rispetto ai progetti o proposte di atti legislativi europei per le materie che tradizionalmente appartengono al *domaine de la loi* (art. 88-4 Cost.), i due nuovi articoli permettono l'adozione di un "avviso motivato" da parte di Assemblea nazionale e Senato, diretto ai presidenti del Parlamento europeo, Consiglio e Commissione europea, per verificare la conformità di un progetto di legge europeo al principio di sussidiarietà, per violazione del quale principio ciascuna assemblea è anche legittimata a ricorrere dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea (art. 88-6). Il successivo art. 88-7 Cost. autorizza, invece, le Camere ad adottare una mozione nell'identico testo per opporsi ad una modifica delle regole di adozione degli atti dell'UE nei casi previsti, al titolo della revisione semplificata dei trattati o della cooperazione in ambito di diritto civile, dai Trattati comunitari, alla luce di quello firmato a Lisbona.

Uno spirito, quello della pronuncia e della successiva revisione costituzionale, finalmente differente rispetto a quello che aveva animato la bocciatura del Trattato costituzionale e, senza dubbio, maggiormente propositivo nei confronti di una collaborazione comunitaria.

Tornando brevemente al dato costituzionale, si è detto che tale tipologia di clausola persegue il fine di salvaguardare la sovranità della Costituzione, ma, piuttosto, potrebbe dirsi che tutela la primazia del potere costituente e, dunque, della sovranità popolare. Il Titolo XV, dunque, ha il merito di aver fatto luce su una questione fondamentale per l'ordinamento francese, poiché ciò che si cerca di tutelare è la sovranità, ecco perché il trattato non si impone in maniera diretta ed automatica, ma è sottoposto alla volontà del potere costituente di riformare la Costituzione. In tale meccanismo, il Consiglio costituzionale è chiamato a mettere in evidenza l'incostituzionalità dell'accordo internazionale, lasciando che il potere costituente decida se promuovere o meno una revisione costituzionale⁴¹¹. In tal senso, la clausola francese è un perfetto meccanismo che consente all'ordinamento di adattarsi costantemente all'ordinamento comunitario, ma presenta elementi di debolezza, poiché non soltanto rinuncia a mettere in luce gli elementi che dovrebbero ispirare l'azione comunitaria, come, invece, fa l'art. 23 della Legge Fondamentale di Bonn, ma, in particolare, può determinare una situazione per cui l'ordinamento francese può trovarsi a revisionare la Costituzione ed armonizzarla ad un

⁴¹¹ Cfr. V. COSTANTINESCO, S. PIERRE²-CAPS, *Droit constitutionnel*, Paris, 2004, p. 260.

trattato che potrebbe non entrare mai in vigore, attesa l'unanimità delle ratifiche richiesta a tal fine.

8. La riforma costituzionale del 2008: controllo di convenzionalità e CEDU nell'ordinamento francese

Il modello di giustizia costituzionale francese è stato per anni caratterizzato da un controllo preventivo di costituzionalità, sovente definito politico, poiché rientrando nell'*iter* legislativo ordinario. Tale scelta è, senza dubbio, ascrivibile al ruolo attribuito alla legge nell'ordinamento francese, all'interno del quale la *loi* ha assunto per lungo tempo una importanza fondamentale, influenzando il ruolo dei giudici e quello del Consiglio costituzionale anche in rapporto alla centralità attribuita alle istituzioni politiche. In effetti, se i giudici non potevano essere null'altro che la *bouche de la loi*, secondo la definizione di Montesquieu, la giustizia costituzionale non era considerata ammissibile dal momento che un organo non eletto non avrebbe mai potuto sindacare la legge come espressione della volontà popolare⁴¹². Si trattava, dunque, d'un caso d'eccezione all'interno del panorama europeo, all'interno del quale la gerarchia delle fonti era ben definita, ponendo al vertice non la semplice legge parlamentare, ma la *higher law*, nella maggior parte dei casi coincidente con il Testo costituzionale, il quale veniva "difeso" da attacchi legislativi attraverso organi *ad hoc*, in grado di garantire l'armonia legislativa del sistema attraverso il potere di annullare le norme contrarie a Costituzione.

In tal senso, dunque, l'ordinamento francese presentava una lacuna⁴¹³, in particolare nella prospettiva della salvaguardia dei diritti fondamentali, poiché è difficile non scorgere, all'interno del meccanismo di giustizia preventiva, l'impossibilità del singolo di rivolgersi alla Corte, non tanto a causa della mancanza dell'accesso diretto⁴¹⁴, ma, in particolare, per l'assenza della via incidentale, senza la quale nessun dialogo sia pure indiretto con il Consiglio costituzionale può essere ammissibile⁴¹⁵. Dunque, è proprio l'esigenza di

⁴¹² AA.VV., *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France: quelles pratiques?*, Marseille, 2009, pp. 9 e ss.

⁴¹³ AA.VV., *La question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux*, Paris, 2010, pp. 16 e ss.

⁴¹⁴ Com'è noto, tale meccanismo non è accolto neanche nell'ordinamento italiano, poiché il singolo non ha il potere di adire in maniera diretta la Corte costituzionale, ma può farlo attraverso la questione incidentale, per il tramite del giudice *a quo*.

⁴¹⁵ La legge costituzionale n. 2008-724, rubricata "modernizzazione delle istituzioni della Quinta Repubblica" persegue l'obiettivo di garantire i diritti dei cittadini con maggiore efficacia. Per ciò stesso viene introdotto il controllo incidentale di costituzionalità nell'ordinamento francese, pur non trattandosi di una eccezione di incostituzionalità "pura", ma, piuttosto di una questione posta da un soggetto dinanzi ad una giurisdizione ordinaria, con la quale si mette in dubbio la costituzionalità di una legge. Cfr. in particolare S.

colmare tale lacuna sul versante della giustizia costituzionale che può spiegare l'introduzione in Francia del controllo di costituzionalità successivo⁴¹⁶, peraltro in seguito al fallito tentativo dell'inizio degli anni Novanta di introdurre la *exception d'incostitucionalité*. Si tratta, senza dubbio, di un *big bang jurisdictionnel*⁴¹⁷, che concede ai singoli, parti di un giudizio, di sollevare di fronte al giudice una *question prioritaire*, per violazione di un diritto fondamentale, nei confronti di una legge che sia *applicable au litige* e non priva di un *caractère sérieux*, e che non sia stata dichiarata conforme a Costituzione nella sede del giudizio preventivo. Viene introdotto, dunque, un istituto originale, simile, per alcuni caratteri al controllo in via incidentale dell'ordinamento italiano, ma profondamente differente per il mancato potere del giudice di sollevare la questione d'ufficio. Non trattandosi, inoltre, di un controllo ad iniziativa diffusa, il giudice deve trasmettere la *question* alla giurisdizione di grado superiore, quindi *Cour de Cassation* o *Conseil d'État*, la quale dispone a sua volta di tre mesi per decidere se sollevare la *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC)⁴¹⁸ dinanzi al *Conseil*⁴¹⁹. Tale nuovo istituto, come si accennava in precedenza, non ha incontrato, almeno in un primo momento, il favore della Cassazione, poiché il supremo giudice lo vedeva come un attacco alle interpretazioni da esso rese su un atto normativo, ma successivamente si è dimostrato più aperto, percorrendo, dapprima, la strada dell'interpretazione conforme che resta, quindi, il meccanismo cardine per la risoluzione delle antinomie.

La riforma del 2008 colma, dunque, un vuoto fondamentale nell'ordinamento francese, poiché rafforza il carattere normativo della Costituzione, in particolare della parte dedicata alla salvaguardia dei diritti fondamentali, introducendo un controllo successivo in grado di controllare norme di rango legislativo già in vigore nell'ordinamento e nella loro applicazione a fattispecie concrete⁴²⁰. In effetti, la legge di revisione costituzionale, 2008-724 del 23 luglio 2008, persegue il fine fondamentale di dare maggiore spazio alla voce dei

PIERRE'-CAPS, *La Question prioritaire di costituzionalità e l'articolazione del controllo di costituzionalità e del controllo di convenzionalità nella protezione dei diritti fondamentali in Francia*, in AA.VV. (a cura di S. Gambino), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nordamericana*, Milano, 2012, p. 236 e ss.

⁴¹⁶ Legge cost. 23/7/2008, n. 724; legge org. (LO) 10/12/2009, n. 1523

⁴¹⁷ D. ROUSSEAU, *La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang jurisdictionnel ?*, RDP, 3-2009, p.631.

⁴¹⁸ La disciplina è contenuta negli artt. 61 e 62 Cost.

⁴¹⁹ *Ibidem*. Tale meccanismo, definito del "doppio filtro", ha suscitato talune preoccupazioni nella dottrina francese, che lo ha considerato fin troppo macchinoso, mettendo in luce le perplessità in merito alla volontà della Corte di Cassazione di rivolgersi al Consiglio costituzionale.

⁴²⁰ F. LAFAILLE, *Hic sunt leones. La question prioritaire de constitutionnalité en France (à la lumière de quelques comparaisons tirées du droit italien)*, in Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti - N.00 del 02.07.2010.

cittadini all'interno delle istituzioni democratiche della V Repubblica francese, introducendo il meccanismo di controllo costituzionale in via incidentale⁴²¹. Non è, tuttavia, inutile domandarsi il perché del carattere prioritario di costituzionalità e, in tal senso, il motivo appare chiarito dal relatore della Commissione delle leggi, secondo il qual “Lo scopo è quello di istituire (...) regole di procedure che garantiscono il successo della questione di costituzionalità e la sua diffusione come mezzo per assicurare la preminenza della Costituzione ed il rafforzamento della gerarchia delle norme nell'ordinamento giuridico francese”⁴²². In tali affermazioni sembra emergere in maniera inequivocabile un “nazionalismo normativo”, ma, nella realtà dei fatti, l'intento del legislatore di revisione era, piuttosto, quello di rivedere i rapporti tra ordinamenti, al fine di garantire una salvaguardia maggiore dei diritti fondamentali. Ciò è confermato dal meccanismo di funzionamento della QPC, poiché questa prevede che il giudizio in via incidentale possa essere sollevato solo con riguardo ai diritti fondamentali e da tutte le parti di una controversia. Spetterà, poi, al giudice di rinvio di verificare se la questione sollevata non abbia già ricevuto risposta, attraverso giurisprudenza precedente, una “patente di costituzionalità” da parte del Consiglio, salvo mutamento delle circostanze. Nel caso in cui non vi fosse giurisprudenza in merito, il giudice potrà pronunciarsi sulla fondatezza della questione, verificando la sussistenza di taluni requisiti, ovvero il carattere serio della questione e la necessità che la disposizione legislativa in questione sia fondamentale per la risoluzione della controversia pendente dinnanzi ad esso e ciò, chiaramente deve avvenire prima della trasmissione alla Corte suprema del suo ordinamento, Consiglio di Stato o Corte di cassazione. Le corti supreme, a loro volta, dovranno verificare, nuovamente, le condizioni di ammissibilità già verificate dal giudice di rinvio, prima di adire, entro tre mesi, il Consiglio costituzionale, il quale si limiterà a verificare la conformità della legge a Costituzione; nel caso in cui ne venisse accertata l'incostituzionalità, la norma verrebbe annullata. In tal senso, si apprezza l'originalità del sistema francese di controllo in via

⁴²¹ S. PIERRE'-CAPS, *La Questione prioritaria di costituzionalità e l'articolazione del controllo di costituzionalità e del controllo di convenzionalità nella protezione dei diritti fondamentali in Francia*, in AA.VV. (a cura di S. Gambino), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nordamericana*, Milano, 2012.

⁴²² Cfr. J. L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration générale de la République sur le projet de Loi organique (n. 1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n. 1898, 3 settembre 2009, p. 23.

incidentale, poiché esso, non soltanto è circoscritto alle sole norme sui diritti, ma si basa su un meccanismo detto del “doppio filtro”⁴²³.

Per ciò che attiene al controllo di convenzionalità delle leggi, appare necessario mettere in luce che è probabilmente proprio su questo versante che appaiono differenze notevoli rispetto all’ordinamento italiano, in particolare per quel che riguarda il trattamento domestico della CEDU. Come si accennava, tale controllo si fonda sull’art. 55 Cost.⁴²⁴, secondo il quale il rango dei trattati è superiore rispetto alla legge, prevedendo, dunque, l’obbligo per i giudici nazionali di disapplicare le norme interne in contrasto, dando attuazione diretta alla fonte internazionale. Per lungo tempo tale disposizione è rimasta inattuata nell’ordinamento francese, poiché giudici si rifiutavano di contestare la volontà del legislatore espressa dopo la ratifica di un trattato, mantenendo salda quella che veniva chiamata giurisprudenza *Matter*⁴²⁵. In altre parole si invocava, quale argomento principale, il fatto che la disapplicazione di una legge a favore di un trattato ad essa anteriore sarebbe equivalso, nei fatti, a sanzionare l’invalidità – e, di conseguenza, l’incostituzionalità – della legge stessa, potere sottratto alle giurisdizioni diverse dal Conseil constitutionnel. Tuttavia, è stato proprio quest’ultimo ad “invitare”, nel corso del tempo, sia la Corte di Cassazione che il Consiglio di Stato a dare attuazione all’art. 55 Cost., ovvero a disapplicare le norme interne contrastanti con i trattati ratificati dalla Francia.

Tali “suggerimenti”, probabilmente, sono ascrivibili alla fondamentale decisione del Consiglio, n.75-54 DC del 15 gennaio 1975 sulla *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, attraverso la quale il Conseil constitutionnel ha definito la portata dell’art. 55. In quell’occasione, un gruppo di deputati aveva impugnato la legge sull’aborto invocando la lesione all’art. 2 della CEDU, chiedendo di dichiarare incostituzionale la legge, atteso che la violazione dell’art. 2 della Convenzione avrebbe indirettamente misconosciuto l’art. 55 della Costituzione. Il Conseil, tuttavia, declinava ogni sua competenza in merito, tracciando il confine fra *contrôle de conventionnalité* e *contrôle de constitutionnalité*. Il fondamento di tali affermazioni risiede nel fatto per cui

⁴²³ K. BLAIRON, *La questione prioritaria di costituzionalità: un bilancio ed alcune prospettive, un’esperienza francese di dialogo interistituzionale*, in AA.VV. (a cura di S. Gambino), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nordamericana*, Milano, 2012.

⁴²⁴ Invero, tale disposizione riprende l’art. 26 della Costituzione della IV Repubblica francese, il quale disponeva che i trattati hanno efficacia superiore alla legge, a condizione della loro applicazione dell’altra Parte contraente.

⁴²⁵ Dal nome del Procuratore della Corte di Cassazione, che nel 1931 affermò “Nel caso di contrasto tra legge interna e trattato, quali dovrebbero essere i doveri del giudice? Senza dubbio, non si conosce e non si potrebbe riconoscere alcuna volontà se non quella della legge, poiché questo è il principio su cui si fondano tutte le nostre istituzioni giudiziarie”.

una legge contraria ad un trattato non dovrà, inevitabilmente, essere contraria, altresì, alla Costituzione; per cui, il compito di dare attuazione all'art. 55 Cost., secondo il Consiglio, diveniva compito dei giudici ordinari. Il Conseil giustifica questa decisione richiamando la differente natura di tali tipi di controllo. In effetti, essendo la superiorità della Costituzione sulla legge assoluta e definitiva, quello fra trattato e legge sarebbe, semplicemente, relativa e contingente, in quanto condizionata dalla limitatezza del campo d'applicazione di un trattato e dal rispetto della condizione di reciprocità. Quest'ultima, dipendendo degli altri Stati firmatari dell'atto internazionale, andrebbe apprezzata nel momento in cui le norme internazionali ricevono applicazione. Sarebbe, quindi, erronea per il Conseil una pronuncia di incostituzionalità di una legge per la violazione di un trattato, dal momento che la contrarietà ad esso non sarebbe *mai definitiva* come la contrarietà a Costituzione. A ciò consegue che una legge contrastante con un trattato può essere solo disapplicata, ma può continuare a vivere nell'ordinamento, potendo venire in rilievo nella risoluzione di altre controversie. Una ulteriore affermazione che contribuisce a mettere in evidenza la mera apparenza del monismo francese.

Tuttavia, relativamente al sistema CEDU divengono necessarie talune precisazioni in merito al rapporto tra essa e la QPC, poiché non è stato ancora chiarito se tale sistema entrerà a far parte dei ricorsi interni che è necessario percorrere prima di rivolgersi alla Corte EDU. Invero, gli interrogativi appaiono, ad oggi, numerosi, in particolare nel legame entro Questione prioritaria di costituzionalità e CEDU, ma sarà la prassi, finora basata su numeri troppo esigui, a fornire delle risposte in merito.

Diviene, a tal punto, necessario comprendere il meccanismo di funzionamento dell'art. 55 Cost., poiché appare ovvio che il controllo di convenzionalità non può prescindere dall'accertamento dei presupposti indicati in Costituzione⁴²⁶, ovvero che realmente ci si trovi di fronte ad un atto internazionale idoneo a produrre effetti, dunque regolarmente ratificato, pubblicato ed attuato dalle altre Parti contraenti⁴²⁷. Per ciò che attiene all'accertamento della ratifica, i giudici tendono a verificare la sussistenza di una autorizzazione legislativa alla ratifica, mentre per ciò che attiene alla pubblicazione, è chiaro che il requisito non può sussistere per gli atti dell'Unione Europea. Senza dubbio più complesso l'accertamento dell'attuazione della clausola di reciprocità, poiché il giudice non possiede strumenti per la verifica, per cui diviene fondamentale che l'azione si fondi

⁴²⁶ Cfr. P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia, cit.*, p. 437.

⁴²⁷ Dec. 77-90 DC, secondo la quale nel concetto di atti internazionali rientrano i trattati internazionali "classici", quelli relativi alla salvaguardia dei diritti fondamentali, ma anche tutti gli atti comunitari.

su una presunzione di reciprocità⁴²⁸. La condizione della reciprocità non trova, tuttavia, attuazione per i trattati a vocazione umanitaria e per il diritto dell'UE, come chiaramente sottolineato dal Consiglio costituzionale⁴²⁹.

Dunque, nel caso in cui emerga un conflitto insanabile in via interpretativa tra norma interna e norma internazionale, il giudice, verificate le condizioni disposte dalla Costituzione, deve fare diretta applicazione del diritto internazionale. Come nell'ordinamento italiano, la norma interna disapplicata resta all'interno dell'ordinamento, semplicemente non rileva per quel caso concreto, malgrado il Consiglio di Stato abbia più volte sottolineato che tale situazione potrebbe configurare la responsabilità dello Stato per il mancato rispetto degli obblighi internazionali, suggerendo, dunque, al Parlamento di sanare tali antinomie normative con leggi conformi agli obblighi internazionali⁴³⁰.

Volendo analizzare in maniera più dettagliata il controllo di convenzionalità, vi è da mettere in luce un dato fondamentale e di netta differenza con l'ordinamento italiano, poiché in Francia il Consiglio costituzionale ha precluso a se stesso la possibilità di effettuare il controllo di convenzionalità sulle norme⁴³¹. In tal senso, i giudici naturali dell'art. 55 Cost. sono i giudici ordinari, poiché il Consiglio, verificata l'attinenza a Costituzione della legge di ratifica del trattato, considera esaurito il suo ruolo⁴³². Da ciò si deduce un elemento fondamentale e, probabilmente, in qualche misura contraddittorio con l'orientamento della Francia nei confronti del diritto internazionale, ovvero l'impossibilità per i trattati di entrare a far parte del blocco di costituzionalità. In tal senso, le discontinuità rispetto all'ordinamento italiano appaiono piuttosto marcate, dal momento che la Corte italiana ha tentato in ogni modo di evitare una marginalizzazione dalle questioni

⁴²⁸ La presunzione di reciprocità potrebbe essere superata esclusivamente da un'iniziativa governativa finalizzata a sospendere o a denunciare l'atto internazionale, come sostenuto dalla costante giurisprudenza della Corte di Cassazione, in particolare decisioni 6 marzo 1984 *Mme Kappy, épouse Lisak*; 16 febbraio 1994 *Ordre des avocats près la cour d'appel de Paris*; 23 marzo 1994 *N'Guyen Duy Thong*.

⁴²⁹ Decisione 98-408 DC, secondo la quale "la riserva di reciprocità prevista all'articolo 55 della Costituzione non può essere applicata agli obblighi internazionali che perseguono il fine di favorire la pace e la sicurezza del mondo e di assicurare il rispetto dei principi generali del diritto pubblico internazionale (...), in particolare la creazione di una giurisdizione internazionale permanente, con il fine di proteggere i diritti fondamentali appartenenti a tutte le persone umane". Posizione, peraltro, ribadita nella decisione 98-400 DC.

⁴³⁰ Consiglio di Stato, decisioni 279522 del febbraio 2007, *M. X*; 195354 del febbraio 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposopique*.

⁴³¹ Cfr. V. COSTANTINESCO, S. PIERRE²-CAPS, *Droit constitutionnel*, Paris, 2004, pp. 245 e ss. Cfr. T. S. RENOUX, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *La Costituzione francese. Atti del convegno biennale dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, 2009.

⁴³² C. DECARO, *L'ordinamento francese nella dimensione europea fra europeizzazione della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto europeo*, in M. CAVINO, A. DI GIOVINE, E. GROSSO (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008, cit.*, p. 164.

internazionali⁴³³. Per altro verso, tali asserzioni del Consiglio mal si coniugano con quel monismo che la Costituzione sembra accogliere e che, tuttavia, appaiono di volta in volta ridimensionate dal diritto vivente. È, inoltre, lo stesso rango riconosciuto alla CEDU all'interno dell'ordinamento francese a mettere in luce tale contraddizione, dal momento che ai giudici è consentito di applicarla direttamente⁴³⁴, avendo, senza dubbio, un rango sovraordinato rispetto alla legge ordinaria e sottordinato rispetto ai principi inviolabili della Costituzione. In effetti, mancando una specifica disposizione costituzionale relativa al diritto internazionale dei diritti umani, la CEDU è stata fatta rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 55 Cost., dunque il medesimo fondamento costituzionale del diritto dell'Unione Europea. Più nel dettaglio, l'ordinamento giuridico francese, assegnando alla CEDU un valore super-legislativo secondo l'art. 55, fa diventare le norme di questa veri e propri parametri per valutare tanto la *conventionnalité* di una legge quanto la *légalité* di un atto amministrativo. Tuttavia, la vera integrazione della Francia nel sistema CEDU viene inaugurata con la sentenza *Bozano c. Francia*⁴³⁵, risalente al 1986 e che ha indotto la Francia a modificare la normativa interna, così come nel caso *Muller c. Francia*, relativo ai termini di custodia cautelare.

A ben vedere, nell'ordinamento francese le distanze relative al trattamento domestico della Convenzione europea e del diritto comunitario sembrano accorciarsi notevolmente, al contrario di quello che avviene nell'ordinamento italiano. All'interno di tale ordinamento, in effetti, la Convenzione pare divenire una “costituzione ombra” e ciò può essere spiegato con la visione della Costituzione come un documento aperto, che ammette l'integrazione. La giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* relativa al blocco de *constitutionnalité* ha confermato questo approccio nel corso degli anni. Il primo passo è costituito dalla sentenza n. 88-1082 DC del 21 ottobre 1988, in cui il *Conseil* ha dato applicazione diretta della CEDU, integrandola nel *blocco de constitutionnalité*, vedendo la Convenzione come un ulteriore parametro giuridico che dovrà essere presa in considerazione nella validità costituzionale del norme interne. Due anni dopo, il *Conseil* ha

⁴³³ Si pensi alle sentenze gemelle, appare evidente che la Corte costituzionale abbia negato la diretta applicabilità della CEDU per evitare di essere estromessa anche dal dialogo con Strasburgo, dal momento che solo recentemente ha inteso intraprendere un dialogo con la Corte del Lussemburgo.

⁴³⁴ Decisione 88-1082 DC.

⁴³⁵ Il governo di Parigi è stato condannato dalla Corte EDU per aver espulso in Svizzera nel 1979 Lorenzo Bozano, l'assassino di Milena Sutter. La Svizzera, successivamente, estradò Bozano verso l'Italia.

ricordato al legislatore il dovere di adempiere agli obblighi assunti in sede internazionale⁴³⁶.

In effetti, e più nel dettaglio, le indicazioni contenute nella celebre sentenza *IVG* del Consiglio costituzionale⁴³⁷ sembrano “espandersi”, per analogia, al diritto discendente dalla CEDU, tanto che i meccanismi di interpretazione conforme e disapplicazione in caso di antinomia valgono anche per la Convenzione⁴³⁸. Un ulteriore elemento di approssimazione nel trattamento interno della CEDU e del diritto dell’Unione si scorge relativamente allo *status*, per entrambi sub-costituzionale⁴³⁹. Tuttavia, il trattamento della CEDU nell’ordinamento francese ha subito una netta evoluzione nel corso del tempo⁴⁴⁰, poiché in un primo momento i supremi giudici ordinari dimostrano una netta chiusura, rifiutando l’applicazione diretta, per poi aprirsi alla Convenzione, facendone applicazione diretta⁴⁴¹.

Tali argomentazioni paiono essere smentite dalla sentenza 2004-496 del Consiglio costituzionale, con la quale viene inaugurato un approccio nuovo nei confronti del diritto comunitario, teso a riconoscerne le peculiarità di tale ordinamento. Tuttavia, non si può dimenticare che anche la CEDU, a partire dalla sentenza 88-1082 è stata vista dal Consiglio costituzionale come un trattato differente rispetto ai normali accordi internazionali, poiché in grado di integrare il catalogo dei diritti. Ecco, dunque, che le distanze si accorciano nel diritto vivente, probabilmente per il maggior *favor* dell’ordinamento francese nei confronti della CEDU o, al contrario, per le maggiori reticenze nei confronti dell’Unione Europea; ma il dato fondamentale è che la posizione

⁴³⁶ G. MARTINICO, *National Judges and Supranational Laws: Goals and Structure of the Research*, in O. POLLICINO, G. MARTINICO (a cura di), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, cit., 2010, p. 9 e ss

⁴³⁷ Sentenza 74-54 DC.

⁴³⁸ Ciò, chiaramente, è successivo alla sent. della Corte di Cassazione 73-13556, *Jacques Vabre* e quella del Consiglio di Stato 108243 del 1989, *Nicolo*, con le quali vengono superate le perplessità relative alla diretta applicazione della CEDU in caso di contrasto con la normativa interna.

⁴³⁹ Più volte il Consiglio di Stato, ripercorrendo la strada del Giudice delle leggi, ha affermato che la primazia riconosciuta agli obblighi internazionali non si applica alle disposizioni di natura costituzionale. Si veda la sent. *Serran*, 200286 del 1989.

⁴⁴⁰ Cfr. O. POLLICINO, *Allargamento dell’Europa a Est e rapporti tra Corti Costituzionali e Corti Europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale?*, cit., pp. 355 e ss.

⁴⁴¹ Vi è da sottolineare come l’apertura verso la Convenzione e la Corte EDU sia differente per il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione, poiché il primo è molto più restio ad accogliere le indicazioni provenienti da Strasburgo, mentre la seconda appare molto più aperta. Si pensi alle condanne subite dalla Francia dalla Corte EDU a causa della presenza del Commissario di Governo all’interno della Camera di Consiglio (sentt. *Kress c. Francia* 39594/98 e *Martinie c. Francia* 58675/00): il Consiglio di Stato ha sempre rifiutato di modificare il proprio regolamento interno. Al contrario, la Cassazione ha modificato il proprio statuto nel 2001.

della Convenzione nella gerarchia delle fonti del diritto è, senza dubbio, superiore a quella riconosciuta nell'ordinamento italiano, in cui le distanze tra CEDU e diritto comunitario.

**DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA IN
ALCUNI ORDINAMENTI COSTITUZIONALI: LE ESPERIENZE DEI "NUOVI
MEMBRI DELL'EST", CON PARTICOLARE RIGUARDO A REPUBBLICA
CECA E POLONIA**

1. Cenni introduttivi sulle transizioni costituzionali negli ordinamenti dell'ex Unione Sovietica: il particolare ruolo guida del diritto internazionale e di quello dell'Unione Europea.

L'analisi dell'apertura all'ordinamento internazionale ed a quello comunitario nei Paesi dell'Europa centro-orientale non può prescindere da uno studio relativo alle transizioni costituzionali che hanno condotto tali ordinamenti alla democrazia, poiché è proprio in quest'arco temporale che si apprezza la netta rottura rispetto ad un passato totalitario ed autarchico, in cui l'impronta dualista era estremamente marcata. In effetti, all'epoca del regime socialista, il diritto internazionale non aveva alcuna valenza nell'interno dell'ordinamento interno se non recepito con normativa nazionale e, anche in questo caso, la capacità normativa riconosciuta al diritto internazionale era piuttosto scarsa. D'altronde, le Carte internazionali dei diritti erano viste come espressione di una ideologia borghese, ma, soprattutto, di quella ipocrisia tipica dell'ovest, in cui alla solennità della proclamazione non corrispondeva mai una effettività nella tutela dei diritti⁴⁴². Dunque, la ratifica di taluni trattati internazionali da parte dei Paesi appartenenti al blocco comunista non coincideva con la loro volontà di adempiere agli obblighi assunti, perseguendo, piuttosto, la ratifica dei trattati perseguiva esclusivamente il raggiungimento delle finalità generali dello Stato. La violazione dei diritti dei singoli e, di conseguenza, di un trattato internazionale, non poteva essere invocata davanti al giudice, poiché a questo non era riconosciuta la competenza di controllare né la costituzionalità delle norme né la loro convenzionalità, all'interno di un sistema in cui non erano istituite le Corti costituzionali⁴⁴³. Non era, dunque, casuale il silenzio delle Costituzioni in merito ai

⁴⁴² Cfr. O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad Est...*, cit., p. 187.

⁴⁴³ In realtà vi era qualche eccezione, costituita dalla Jugoslavia che aveva istituito la propria Corte costituzionale nel 1963 e dalla Polonia, in cui esisteva dal 1982, ma inizierà ad operare solo nel 1986. Non

rapporti con l'ordinamento internazionale, non soltanto perché questi erano inesistenti, ma anche a causa del loro valore, atteso che le Carte fondamentali non erano altro che un semplice manifesto politico nel periodo del regime comunista⁴⁴⁴.

Tale situazione subirà un cambiamento radicale durante le transizioni costituzionali⁴⁴⁵ successive al crollo del Muro di Berlino, poiché la rottura con il precedente assetto comunista indurrà i Paesi dell'Europa centro-orientale ad individuare proprio nel diritto internazionale una guida verso la democratizzazione. Dunque, la fase più importante del cammino ideale attraverso la transizione dei regimi comunisti può essere individuata nella formulazione di nuove Carte costituzionali o di Costituzioni ampiamente modificate⁴⁴⁶.

L'esame dei processi che hanno condotto alla democratizzazione dei Paesi dell'Europa centro-orientale tende, spesso, a concentrarsi sugli avvenimenti *post* 1989, ma si tratta di un'analisi sommaria e non in grado di mettere in luce cause fondamentali che hanno portato alla dissoluzione dell'Unione Sovietica⁴⁴⁷ e, in particolare, i meccanismi che

sembra, invece, da considerare il caso della Cecoslovacchia, in cui, con legge costituzionale, era stata prevista l'istituzione di una Corte federale e di Corti costituzionali nei due stati federati, poiché tale previsione non ha mai trovato attuazione.

⁴⁴⁴ Cfr. M. GANINO, *Democrazia e diritti umani nelle Costituzioni dei Paesi dell'Europa orientale*, in M. GANINO, G. VENTURINI (a cura di), *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, Milano, 2002, p. 115.

⁴⁴⁵ La transizione costituzionale deve essere definita come la fine della legittimazione nei confronti di un determinato assetto statale, che determina, come conseguenza, la legittimazione nei confronti di un altro assetto costituzionale diverso da quello precedente. La transizione avviene, di solito, su due livelli, poiché la prima fase è quella descrittiva, durante la quale il popolo, pur avendo deciso di non legittimare più il governo esistente, non si è ancora espresso sulla transizione. Nel momento in cui la società sceglie di legittimare un nuovo assetto costituzionale attraverso un atto espresso, dalle libere elezioni in favore dell'adozione di una nuova Costituzione, si entra nella fase prescrittiva, che conclude la transizione. Il punto d'approdo della transizione potrebbe, dunque, essere un governo non democratico, poiché se il popolo è libero e sovrano deve esercitare il proprio diritto di scelta. In tal senso, è la volontà del popolo ad acquistare un valore fondamentale e non l'accettazione o la negazione della democrazia, poiché se il popolo è libero deve poter scegliere la propria forma di Stato, anche se tale scelta comporterà la negazione della libertà. Tale questione, tuttavia, è ancora aperta, poiché non vi è una veduta unanime su quale debba essere il punto d'arrivo di una transizione costituzionale. Altro elemento fondamentale, ma esclusivamente ascrivibile alla peculiarità delle transizioni dei Paesi socialisti, è il dato economico, poiché il passaggio ad una democrazia implica l'accoglimento dei principi dell'economia di mercato. In tal senso, la variabile economica diviene fondamentale nello studio sulle transizioni costituzionali dei Paesi dell'ex Unione Sovietica. All'interno di tale processo è necessario distinguere la fase della transizione da quella del consolidamento, poiché se la prima è quel periodo intermedio tra il vecchio ed il nuovo assetto costituzionale, il secondo è un processo di cristallizzazione dei nuovi valori. Sul significato di transizione S. GAMBINO, *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, cit.; G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998; L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, 2003; N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Dizionario di Politica*, Torino, 1990.

⁴⁴⁶ L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, cit., pp. 180 e ss.

⁴⁴⁷ In Polonia, in effetti, numerose importanti trasformazioni hanno luogo nel decennio precedente a tale data: si pensi all'esperienza di *Solidarnosc*, che precede di molto il crollo del muro di Berlino ed incide in maniera irreversibile sulla transizione polacca.

hanno spinto i singoli ordinamenti a cercare un'autonomia⁴⁴⁸. In tal senso, il mutamento del dettato costituzionale costituisce l'elemento centrale nel processo di democratizzazione dei Paesi dell'est, poiché il Testo fondamentale cessa di essere un manifesto politico e diviene l'atto che fonda ed organizza uno Stato democratico, indipendente e sovrano. Tuttavia, la transizione si considera conclusa allorché i nuovi principi proclamati diventano effettivi e le nuove istituzioni iniziano a funzionare in maniera democratica. Tale definizione è ancora più ricca di significato quando si esaminano le transizioni dell'Europa centro-orientale, poiché la loro ampiezza per nulla è paragonabile a fenomeni di democratizzazione conosciuti fino a quel momento. Dunque, per comprenderne la portata è necessario soffermarsi, quantomeno in maniera sommaria, sulle caratteristiche fondamentali dello Stato socialista, inteso come quella fase intermedia che avrebbe condotto alla società comunista, prendendo le mosse da un'affermazione per nulla scontata ed in virtù della quale è possibile riconoscere un ordine costituzionale dello Stato socialista, malgrado il suo carattere transitorio. Tale forma di Stato, in effetti, si caratterizzava per una serie di principi comuni relativi al funzionamento ed alla struttura degli organi⁴⁴⁹. In primo luogo, il concetto della separazione dei poteri non trovava accoglimento nel modello socialista, a causa della preminenza delle assemblee elettive sugli altri organi del potere statale, dipendenti in tutto dalle prime. Di conseguenza, la concentrazione del potere era particolarmente marcata e, senza dubbio, favorita dal ruolo guida di un partito unico o egemonico⁴⁵⁰, che trovava espresse previsioni costituzionali volte a garantire le sue finalità. Tuttavia, il fine ultimo dello Stato socialista, almeno da un punto di vista teorico, era rintracciabile nel raggiungimento della società comunista, elemento che rendeva necessaria la garanzia della partecipazione dei cittadini all'attività pubblica attraverso strumenti di democrazia diretta. Così caratterizzato, il

⁴⁴⁸ La fase della dissoluzione si avvia con il governo Gorbacev, a partire dal 1985, allorché i pilastri del diritto socialista iniziano a sgretolarsi sotto la spinta delle contraddizioni insite al loro interno. Tra il 1988 ed il 1990, l'URSS introduce elementi tipici dello Stato liberale, quali la "proprietà del cittadino sovietico". Quasi un decennio prima della dissoluzione del regime socialista, in Polonia era stato introdotto e si era consolidato un sistema di giustizia amministrativa, il quale svolgeva un compito fondamentale, quello di controllare la legittimità degli atti dell'amministrazione. È chiaro che gli esiti di tale controllo non hanno avuto impatto notevole, almeno fin quando il regime ha continuato la sua attività, ma è il sistema in sé a rappresentare una spinta verso la democratizzazione. In particolare, Cfr. M. MAZZA, *La Giustizia costituzionale in Europa Orientale*, Padova, 1999; J.J. LINZ, STEPAN A., *L'Europa post-comunista*, Bologna, 2000; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le costituzioni di sette stati di recente ricostruzione*, Milano, 1996.

⁴⁴⁹ Cfr. M. GANINO, *Democrazia e diritti umani nelle Costituzioni dei Paesi dell'Europa orientale*, in M. GANINO, G. VENTURINI (a cura di), *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, cit., p. 121.

⁴⁵⁰ Cfr. M. GANINO, *La designazione dei candidati nel procedimento elettorale degli Stati socialisti europei e la Legge polacca del 29 maggio 1985*, in *Quaderni costituzionali*, 1/1987.

costituzionalismo socialista si basava su un potere pubblico illimitato, fondando, di fatto, uno Stato totalitario.

Appare, dunque, evidente la notevole differenza tra le transizioni costituzionali conosciute dai Paesi occidentali successivamente alla Seconda guerra mondiale e le trasformazioni sperimentate nell'est Europa, ove gli sforzi ed i tempi sono stati diversi a causa dei cambiamenti radicali dovuti al socialismo, poiché in tali Paesi al mutamento politico ha dovuto affiancarsi quello economico. In effetti, la pianificazione economica a livello statale ha imposto a tali ordinamenti un processo di modernizzazione e privatizzazione, tendente a dar vita ad una economia di mercato. Non va, poi, sottovalutato un dato rilevante, atteso che le transizioni non assumono gli stessi connotati in ogni ordinamento dell'est; si pensi alla peculiare esperienza delle Repubbliche baltiche, che riprendono quell'evoluzione interrotta da una "parentesi illegittima"⁴⁵¹, riportando in vigore le Costituzioni precedenti alla costituzione dell'URSS. Ciò le distinguerà dagli altri ordinamenti, sia nel modo di intendere sovranità ed indipendenza, che nel grado di apertura agli altri ordinamenti.

Tuttavia, l'elemento che rende le transizioni costituzionali dell'Europa centro-orientale, ma ancor più la fase del consolidamento democratico, un *unicum* all'interno del panorama europeo è il ruolo svolto dall'Unione Europea e dal Consiglio d'Europa, poiché tali organizzazioni hanno ispirato e, per certi versi, guidato il lungo cammino verso la democratizzazione. In effetti, i requisiti minimi di accesso all'Unione Europea hanno avuto un impatto positivo sul rafforzamento della democrazia nell'est d'Europa, atteso che l'obiettivo di divenire membri dell'Unione ha indotto i relativi Stati a mettere in atto le riforme necessarie a soddisfare i *criteri di Copenaghen*⁴⁵². In particolare: il rispetto dei

⁴⁵¹ Cfr. L. MONTANARI, *Le nuove democrazie dell'Europa centro-orientale*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, Bari, 2011, p. 515.

⁴⁵² Durante il Consiglio europeo di Copenaghen del 1993, ed in vista dell'allargamento ad est dell'UE, sono stati elaborati i tre criteri fondamentali, successivamente codificati nel Trattato di Amsterdam, che devono essere soddisfatti per poter aderire all'Unione. Tali criteri, possono schematizzarsi in criterio politico, in virtù del quale il Paese candidato deve aver raggiunto una stabilità istituzionale tale da garantire il rispetto della democrazia, dello Stato di diritto, la garanzia dei diritti dell'uomo e la protezione delle minoranze. Tale criterio è da intendersi come preconditione essenziale; in secondo luogo, il criterio economico, ovvero la necessità che lo Stato candidato abbia un'economia di mercato stabile, tale da essere in grado di far fronte alle spinte concorrenziali del mercato unico europeo; infine, il criterio giuridico, dunque la capacità di adempiere agli obblighi inerenti all'adesione all'UE. I criteri sono enunciati nella formula "il raggiungimento di una stabilità delle istituzioni tale da garantire il rispetto della democrazia, lo stato di diritto, i diritti dell'uomo e il rispetto e la tutela delle minoranze; l'esistenza di una economia di mercato funzionante nonché la capacità di rispondere alle pressioni concorrenziali e alle forze di mercato all'interno dell'Unione; la capacità dei paesi candidati di assumersi gli obblighi dell'appartenenza, inclusa l'adesione agli obiettivi di un'Unione politica, economica e monetaria". Sul punto, in particolare Cfr. B. NASCIMBENE, *Le procedure di adesione all'Unione Europea*, in M. GANINO, G. VENTURINI (a cura di), *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, cit.; M. CARTABIA, *Allargamento e diritti fondamentali nell'Unione europea*.

requisiti politici è da intendersi come condizione preclusiva per l'avvio dei negoziati, che possono invece essere iniziati anche nel caso di mancato raggiungimento di taluni parametri di natura economica e giuridica, con la previsione di periodi transitori. In tal senso, la peculiarità di tali transizioni risiede nella volontà e nell'impegno dell'Unione Europea di sostenere i processi di democratizzazione dell'Europa centro-orientale e nell'impatto, inteso nel senso di codifica, dei *criteri di Copenaghen* sul costituzionalismo di tali ordinamenti. Si tratta di un fenomeno peculiare, poiché in nessun altro Stato si rintraccia un ruolo così fondamentale svolto dalle organizzazioni internazionali nel corso del consolidamento democratico. Tuttavia, una precisazione appare necessaria, poiché l'intervento dell'Unione si registra nella fase successiva all'approvazione delle Costituzioni all'interno di questi ordinamenti; ciò significa che l'influenza sul dato testuale è pressoché minima, dal momento che le revisioni costituzionali prodotte in vista dell'adesione hanno scarsa rilevanza; al contrario dell'attuazione legislativa del dettato costituzionale, rispetto alla quale si registra una significativa incidenza delle indicazioni dettate in ambito comunitario. Si pensi alle leggi che hanno innovato quasi ogni ramo dell'ordinamento: l'organizzazione del potere giudiziario, l'amministrazione, il decentramento territoriale, le modalità di tutela dei diritti hanno registrato significative trasformazioni, che si sono affiancate ad un'opera di rinnovamento della legislazione civile, commerciale e penale. Dunque, i valori dell'Unione ispirano ed orientano il consolidamento della democrazia nell'Europa centro-orientale, contribuendo in maniera significativa all'attuazione del nuovo ordine costituzionale *post 89*.

Tuttavia, l'esame di tali transizioni costituzionali non può prescindere dal ruolo svolto dalle Corti costituzionali⁴⁵³ di tali ordinamenti, poiché esse hanno avuto un ruolo fondamentale nel rendere operative le previsioni democratiche e nella salvaguardia dei diritti fondamentali, divenendo dei veri e propri "custodi" delle transizioni. Ad esse è

Dimensione politica e dimensione individuale in S. GUERRIERI, A. MANZELLA, F. SDOGANI (a cura di), *Dall'Europa a Quindici alla grande Europa. La sfida istituzionale*, Bologna, 2001; L. CAPPUCCIO, *Le condizioni di adesione all'Unione Europea*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Torino, 2006; S. GOZI, "I Balcani e la Grande Europa: tra allargamento e vicinato", in S. GAMBINO (a cura di), "Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche", Milano, 2003; M. KALDOR, I. VEJVODE, *Democratization in Central and Eastern Europe*, London, New York, 2002. Le conclusioni dei consigli europei sono reperibili in www.europa.eu.int/european_council/conclusions/index.htm.

⁴⁵³ Già la loro istituzione appare un elemento fondamentale per il consolidamento della democrazia, dal momento che durante il periodo socialista vi erano dei giudici nominati e dipendenti dal potere legislativo. La nascita delle Corti costituzionali mette in luce la volontà di rompere con il passato autoritario, ponendo al vertice del sistema delle fonti la Carta costituzionale, la quale necessita di un organo *ad hoc* per essere difesa da eventuali attacchi provenienti dagli altri poteri statali. Cfr. L. MONTANARI, *Le nuove democrazie dell'Europa centro-orientale*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, cit., p. 536.

spettato un duplice compito, da un lato, quello di eliminare le palesi ingiustizie derivanti da norme precedenti alla Costituzione⁴⁵⁴ e, dall'altro, quello di garantire diritti riconosciuti per la prima volta all'interno degli ordinamenti dell'est⁴⁵⁵. In tale prospettiva, il diritto internazionale – e questo è l'ulteriore elemento di peculiarità – “assiste” l'opera delle Corti, costituendo una fonte di garanzia ulteriore per i cittadini⁴⁵⁶. Le Corti sono, dunque, coinvolte in maniera diretta, poiché a loro è richiesto di accelerare il processo di consolidamento della democrazia, giudicando ciò che resta del precedente regime, ma, altresì, gettando le basi per il nuovo assetto democratico⁴⁵⁷. I compiti ad esse conferiti sono particolarmente ampi, dal momento che le nuove Costituzioni dell'est hanno potuto osservare con attenzione quali erano state le funzioni che le Corti dell'ovest si sono attribuite in via pretoria, verbalizzandole all'interno dei Testi fondamentali⁴⁵⁸. Tuttavia, l'elemento di notevole interesse è la connessione creata dalle Corti tra diritto interno e diritto internazionale. Come si vedrà più avanti, le Costituzioni dell'est sono particolarmente aperte al diritto internazionale, differenziandosi significativamente dagli ordinamenti dell'ovest. In effetti, attraverso l'applicazione del dettato costituzionale, i supremi giudici hanno fatto entrare negli ordinamenti un diritto più garantista e capace di

⁴⁵⁴ Invero, ad ogni Corte costituzionale è richiesto di rendere operativo il nuovo assetto costituzionale, ma non sempre esse si riconoscono il potere di pronunciarsi sulle norme precedenti all'adozione della Costituzione. In tal senso, appare emblematica la prima sentenza della Corte costituzionale italiana, la n. 1/1956, con la quale il Giudice delle leggi “Afferma la propria competenza a giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge anche se anteriori alla entrata in vigore della Costituzione”. In Italia, in effetti, la Corte costituzionale ha avuto un ruolo fondamentale nel processo di consolidamento della democrazia, “depurando” l'ordinamento dalle norme adottate durante il regime fascista. È, d'altronde, quello accade nell'est Europa.

⁴⁵⁵ Ciò, in taluni casi, equivale a proteggere la democrazia. Si pensi alle vicende del Tribunale costituzionale polacco, che si è trovato ad annullare diverse leggi di riforma poste in essere durante la presidenza Kaczynski, tanto da essere definito il nemico della maggioranza.

⁴⁵⁶ Cfr. A. DI GREGORIO, *Giustizia costituzionale e diritto internazionale nei Paesi dell'Europa centro-orientale e balcanica*, in M. GANINO, G. VENTURINI (a cura di), *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, Milano, 2001, p. 285.

⁴⁵⁷ Cfr. S. BARTOLE, *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale. Da satelliti comunisti a democrazie sovrane*, Bologna, 1993; ID, *Modelli di giustizia costituzionale a confronto: alcune recenti esperienze dell'Europa centro-orientale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1996. L'Autore mette in luce l'accoglimento del modello kelseniano nell'organizzazione della giustizia costituzionale, con degli adattamenti tipici del costituzionalismo dell'est.

⁴⁵⁸ Per ciò che attiene alle modalità di accesso alla giustizia costituzionale, convivono forme di controllo preventivo e astratto e forme di controllo successivo, sia incidentali che dirette. L'articolazione della giustizia costituzionale nell'est Europa suscita particolare interesse, in particolare per ciò che riguarda l'*actio popularis*, ovvero la possibilità concessa ai singoli di impugnare una legge in via d'azione ed indipendentemente dal loro coinvolgimento; altrettanto importante appare l'iniziativa *ex officio* concessa alle Corti. Le peculiarità sono rintracciabili anche relativamente al parametro di controllo, costituito tanto dalle Carte fondamentali, quanto dai trattati internazionali ratificati. Peraltro, a molte Corti spetta il compito di “proteggere la democrazia” sul modello tedesco, come nel caso polacco, il cui art. 188 Cost. concede alla Corte il potere di giudicare l'attività e la finalità dei partiti politici. Per un'analisi della giustizia costituzionale nell'est Europa, almeno Cfr. A. DI GREGORIO, *Giustizia costituzionale e diritto internazionale nei Paesi dell'Europa centro-orientale e balcanica*, in M. GANINO, G. VENTURINI (a cura di), *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, cit., p. 308.

ampliare le previsioni interne, con il risultato di far compiere un passo in avanti in particolare nella salvaguardia dei diritti fondamentali. Dunque, facendo dei trattati internazionali un fondamentale parametro di costituzionalità, le Corti sono riuscite ad innalzare i livelli di tutela, imprimendo una svolta nel processo di democratizzazione⁴⁵⁹.

Dunque, il dato testuale assume un ruolo fondamentale, poiché è sulla base di questo che le Corti sono riuscite ad attribuire particolare forza al diritto internazionale; ma è stata, senza dubbio, l'opera delle Corti a dar vita ad una svolta, dal momento che a loro si deve l'operatività del dettato costituzionale e, in taluni casi, ovvero laddove le Costituzioni non menzionavano direttamente il diritto internazionale come parametro di costituzionalità, anche la capacità di includere tale diritto nel blocco di costituzionalità, attraverso *reasoning* argomentativi particolarmente eloquenti.

Emerge fin da subito un ruolo differente del diritto internazionale rispetto all'ovest, ma un elemento sembra accomunare gli ordinamenti, ovvero l'apertura delle Corti verso il fenomeno internazionale, poiché nell'est il rango delle fonti internazionali si frappone fra Costituzione e norma legislativa, come avviene in molti ordinamenti dell'ovest; è, infatti, l'atteggiamento di particolare favore verso tale tipo di diritto a determinare una notevole differenza tra est ed ovest d'Europa.

2. Il diritto internazionale come guida verso la democrazia: la CEDU vista dall'est

L'esito delle transizioni è, dunque, differente da est ad ovest, soprattutto dal punto di vista testuale, poiché le Costituzioni dell'est contengono forti reazioni al modello socialista⁴⁶⁰, rintracciabili, in primo luogo, nelle clausole relative alla sovranità ed

⁴⁵⁹ Cfr. S. BARTOLE, *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale. Da satelliti comunisti a democrazie sovrane*, Bologna, 1993, p. 19 e ss. L'Autore mette in luce un dato fondamentale, ovvero che i trattati internazionali, in particolare quelli sui diritti umani, hanno dato un solido ancoraggio alla giurisprudenza delle Corti dell'est, compensando le carenze della cultura giuridica tipica dell'Europa centro-orientale. Ciò è vero, in particolare, in quegli ordinamenti, come quello polacco, in cui un catalogo di diritti è stato adottato tardivamente (1997).

⁴⁶⁰ A. ALBI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, 2005, p. 22. L'Autore evidenzia come le nuove Costituzioni dell'Europa centro-orientale marchino un netto segno di rottura rispetto al passato comunista, accogliendo gli elementi tipici dello Stato democratico e della *rule of law*. È appena il caso di ricordare che anche per ciò che attiene alle fonti del diritto viene compiuta una rivoluzione, poiché al vertice del sistema non era mai stata posta la Costituzione, ma, piuttosto, gli atti del regime, attraverso i quali potevano essere perseguiti gli obiettivi ritenuti indispensabili per la nascita della società comunista. In tal senso, la rottura appare evidente allorquando le Costituzioni divengono Testi fondamentali, cessando di essere dei meri manifesti politici.

all'indipendenza dello Stato, le quali divengono elemento ostativo al processo di apertura verso l'ordinamento dell'Unione europea, ma non verso l'ordinamento internazionale. In effetti, le Costituzioni nate a seguito della transizione costituzionale successiva al 1989 sono molto aperte al diritto internazionale⁴⁶¹ e ciò può, senza dubbio, essere attribuito alla necessità di tali ordinamenti di trovare riconoscimento a livello internazionale, ma, al contempo, perché l'ordinamento internazionale costituiva una guida e l'apertura ad esso rappresentava un distacco netto dal modello precedente⁴⁶². Durante la fase di adozione delle nuove Carte costituzionali, dunque, si riscopre il valore prescrittivo e fondamentale delle stesse, ma, soprattutto, si ripone particolare attenzione nella tutela dei diritti fondamentali, vedendo in essi l'elemento qualificante della forma di Stato⁴⁶³. Il catalogo dei diritti, inoltre, è particolarmente ampio e ciò non è riconducibile esclusivamente ad un fattore temporale, il quale, senza dubbio, è stato favorevole a tali ordinamenti, concedendo loro la possibilità di costituzionalizzare i diritti che in altri Paesi sono nati in via giurisprudenziale, ma è, altresì, da intendersi come reazione ad un periodo di negazione dei diritti, un periodo totalitario. Più in generale, si può affermare che la tutela dei diritti diviene indice fondamentale del rinnovamento di tali ordinamenti e che tale dato è fortemente condizionato dall'apertura al diritto internazionale, poiché in tale contesto, è difficile non richiamare il ruolo svolto dalle carte internazionali dei diritti, in particolare dalla CEDU, che diviene immediato modello di riferimento per la redazione delle Carte costituzionali centro-orientali⁴⁶⁴, come anche il supporto tecnico-giuridico disposto dalla Commissione di Venezia.

È, dunque, anche per tale ragione che le Carte costituzionali *post* 1989 si caratterizzano per una peculiare apertura al diritto internazionale⁴⁶⁵, soprattutto quello di natura pattizia⁴⁶⁶ e ciò emerge, in prima battuta, dal rango ad esso attribuito all'interno del

⁴⁶¹ La collocazione all'interno della sistematica delle fonti varia da caso a caso. In Polonia ed Estonia la superiorità sulle norme interne è riconosciuta solo ai Trattati, ma nell'ordinamento estone la Carta fondamentale specifica che per norme interne non si può intendere la norma costituzionale.

⁴⁶² A. DI GREGORIO, *Riforme costituzionali ed integrazione europea: il caso dei nuovi membri dell'Est*, in DPCE 4/2004, p. 2068.

⁴⁶³ In molti casi è, peraltro, prevista l'inviolabilità del nucleo fondamentale della Costituzione; ne costituiscono esempio l'art. 31 comma 3 della Costituzione polacca e l'art. 11 della Costituzione estone.

⁴⁶⁴ L. MONTANARI, *Le tecniche di adattamento alla Cedu come strumento di garanzia dei diritti: un'analisi comparata delle soluzioni adottate negli ordinamenti nazionali*, in AAVV, *I diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2002; ID, *Le nuove democrazie dell'Europa centro-orientale*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, Bari, 2011.

⁴⁶⁵ Cfr. O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad Est...*, cit., p. 191.

⁴⁶⁶ A. CASSESE, *Modern Constitutions and International Law. Recueil des Cours*, 1985. Nella raccolta delle lezioni tenute a L'Aja, l'Autore identifica quattro fasi di apertura degli ordinamenti al diritto internazionale: la prima si apre nel 1787 e si conclude con lo scoppio della prima guerra mondiale; la seconda ha inizio con la Repubblica di Weimar e si conclude con l'inizio della Seconda guerra mondiale; la terza, apertasi con la

sistema delle fonti. In effetti, il primo elemento rilevante è l'impostazione monista di tali sistemi, poiché questo è, senza dubbio, ciò che facilmente traccia un confine tra est ed ovest d'Europa. Tuttavia, come già si accennava, una premessa appare doverosa, dal momento che le categorie classiche d'analisi sul rapporto tra ordinamenti devono essere riviste alla luce di nuovi processi di integrazione, poiché quando si parla di CEDU o di diritto dell'Unione Europea si discorre di ordinamenti sovranazionali, che hanno un impatto maggiore e più visibile rispetto al diritto internazionale propriamente detto. Non vi è dubbio che l'apertura dell'est difficilmente possa compararsi a quella dell'ovest, poiché i Testi costituzionali accolgono un'impostazione differente, ma il limite delle teorie classiche è un altro. Se, infatti, l'apertura viene analizzata dall'interno, dal punto di vista delle Costituzioni, la teoria dualista è l'unica che può essere accolta, dal momento che vi è un Testo in grado di stabilire regole inderogabili all'apertura verso l'esterno. In altre parole, se è la Costituzione a riconoscere gli altri ordinamenti, solo la teoria dualista sarebbe in grado di spiegare quale rapporto intercorre tra questi. Se questa è la premessa, appare maggiormente corretto parlare di grado di apertura agli ordinamenti esterni, almeno quando l'oggetto di analisi è costituito da CEDU e diritto dell'Unione Europea.

In tal senso, la particolare collocazione del diritto internazionale nella sistematica delle fonti del diritto fa sì che i trattati “diventino una fonte immediata di diritti per gli individui e un limite (garantito dalle Corti costituzionali) alla legislazione nazionale”⁴⁶⁷.

Dunque, la vocazione alla maggiore apertura verso l'ordinamento internazionale ed il dato testuale, in virtù del quale viene riconosciuta la prevalenza del diritto internazionale su quello interno⁴⁶⁸, mette in luce un primo elemento fondamentale ai fini dell'analisi, atteso che, a tali condizioni, la CEDU riesce ad avere un impatto molto più rilevante nell'est rispetto a ciò che accade nell'ovest d'Europa⁴⁶⁹. Dapprima, dunque, appare necessario soffermarsi brevemente sul parametro costituzionale, al fine di avere una misura del differente modo di approcciarsi al fenomeno internazionale tipico dell'Europa centro-orientale, poiché già ad una sommaria lettura dei Testi fondamentali emerge la

Costituzione francese del 1946, si sarebbe conclusa nel 1950; l'ultima fase descritta dall'Autore è la quarta, apertasi intorno agli anni Sessanta. Tuttavia, visti i notevoli cambiamenti conosciuti con il costituzionalismo successivo al 1989, taluni hanno iniziato a parlare di una quinta fase. In particolare Cfr. E. STEIN, *International Law in Internal Law: Toward Internationalization of Central-Eastern European Constitution?* in *American Journal of Comparative Law*, 1994.

⁴⁶⁷ Cfr. L. MONTANARI, *Le nuove democrazie dell'Europa centro-orientale*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, Bari, 2011, p. 540.

⁴⁶⁸ Invero, vi è una eccezione costituita dall'Ungheria, il cui art. 7 Cost. accoglie il modello dualista.

⁴⁶⁹ Cfr. O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad Est...*, cit.. L'Autore ben definisce la forza che la CEDU acquista nell'est Europa, parlando di “maggiore potenziale di intrusività”.

verbalizzazione della primazia del diritto internazionale su quello interno, con la conseguenza che le antinomie normative troveranno risoluzione attraverso la prevalenza del primo sul secondo⁴⁷⁰. In tal senso appare evidente il ruolo assunto dal Consiglio d'Europa nella fase delle transizioni costituzionali, non soltanto per la straordinaria apertura di tali Testi verso l'esterno, ma, altresì, per la particolare valenza che la CEDU assume in tali ordinamenti. In effetti, l'analisi del dato testuale mette in luce che solo l'Estonia subordina il diritto internazionale al rispetto della Carta costituzionale, poiché, al contrario di quello che può emergere da un'analisi sommaria, l'adozione del controllo preventivo di costituzionalità⁴⁷¹ sui trattati, ispirato al modello francese, non persegue l'obiettivo di salvaguardare la Costituzione, rendendo superprimarie le fonti internazionali, atteso che è il Testo fondamentale a suggerire la revisione⁴⁷², ovvero a stabilire espressamente la necessaria cedevolezza delle norme di fronte al diritto internazionale, determinando meccanismi dissimili da quelli tipici dell'ordinamento francese. In tal senso, il meccanismo in esame non deve trarre in inganno, dal momento che esso trova attuazione proprio in virtù della vocazione a garantire la primazia del diritto internazionale. Il medesimo ragionamento deve necessariamente essere fatto per quello che attiene al controllo di convenzionalità, poiché nell'est d'Europa è potere esclusivo delle Corti costituzionali, analogamente a ciò che avviene nell'ordinamento italiano. Tuttavia, la *ratio* è profondamente differente, dal momento che entrambi i Giudici hanno perseguito l'obiettivo di evitare la marginalizzazione da Strasburgo, ma per motivi opposti. In effetti, se in Italia ciò è avvenuto al fine di impedire che la Corte perdesse il diritto all'ultima parola anche sul diritto CEDU – il che si sarebbe senza dubbio verificato se i giudici

⁴⁷⁰ L'art. 91 della Costituzione polacca prevede che i trattati regolarmente ratificati hanno prevalenza sulla legge ordinaria: l'art. 5 comma 4 della Costituzione bulgara è ancora più eloquente, prevedendo che “i Trattati internazionali ratificati dal Parlamento entrano direttamente a far parte del diritto nazionale e prevalgono sulle norme interne in contraddizione con essi”. Stesso portato l'art. 10 della Costituzione ceca, secondo il quale “i trattati internazionali pubblicati, ratificati con l'assenso del Parlamento ed ai quali la Repubblica Ceca è vincolata, sono parte dell'ordinamento giuridico; se un trattato internazionale stabilisce diversamente rispetto alla legge, si applica il trattato internazionale”. In Estonia vi è una maggiore cautela, ma il risultato è la prevalenza dei trattati, prevedendosi che non possono concludersi accordi internazionali contrari alla Costituzione, ma che i trattati ratificati dal Parlamento prevalgono sulla legislazione interna. Solo in Lituania, Lettonia ed Ungheria la Costituzione non menziona la sovraordinazione del diritto internazionale su quello interno, ma ciò è stato garantito in via giurisprudenziale, attraverso interpretazione di clausole che in nulla ostavano a tale primazia.

⁴⁷¹ Siffatto modello ha trovato ampia diffusione nell'Europa centro-orientale, essendo stato adottato in quasi tutti gli ordinamenti. Cfr. A. DI GREGORIO, *Giustizia costituzionale e diritto internazionale nei Paesi dell'Europa centro-orientale e balcanica*, in M. GANINO, G. VENTURINI (a cura di), *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, cit.

⁴⁷² Appare emblematico, in tal senso, l'art. 85 comma 3 della Costituzione bulgara, secondo il quale alla sottoscrizione di accordi internazionali che richiedono modifiche della Costituzione *deve* necessariamente seguire l'operazione di revisione.

ordinari avessero acquisito il potere di applicare direttamente la CEDU—, nell'est la marginalizzazione è stata evitata perché, sovente, la Corte EDU ed i Giudici costituzionali collaborano con l'obiettivo di porre fine a talune violazioni strutturali che permangono all'interno di tali ordinamenti⁴⁷³. Dunque, porre la convenzionalità nelle mani dei giudici comuni avrebbe significato porre fine a questa virtuosa collaborazione e complicità che contribuisce al consolidamento della democrazia⁴⁷⁴.

In effetti, l'apertura delle Costituzioni dell'Europa centro-orientale è ancora più evidente in materia di diritto internazionale dei diritti umani, in particolare in virtù della possibilità concessa ai cittadini di ricorrere dinanzi alle proprie Corti costituzionali al fine di denunciare la violazione di diritti tutelati dalla Costituzione e dai trattati internazionali da parte di atti nazionali⁴⁷⁵. Ciò, chiaramente, ha due conseguenze fondamentali, dal momento che, in primo luogo, le possibilità per i giudici dell'est di confrontarsi con la CEDU sono innegabilmente maggiori rispetto a ciò che accade nell'ovest; per altro verso, l'obbligo di interpretazione conforme assume dei connotati differenti e, per certi versi, meno "obbligatorî" e più "desiderati" da parte dei giudici dell'est. Tale fondamentale dato si evince in maniera inequivocabile nel momento in cui si sottopone ad analisi la giurisprudenza dell'Europa centro-orientale precedente alla ratifica della Convenzione di

⁴⁷³ Emblematico esempio è costituito dalla collaborazione tra la Corte EDU ed il Tribunale costituzionale polacco, che ha portato alla modifica di una normativa interna a seguito della censura di entrambe le Corti (caso *Hutten-Czapska*).

⁴⁷⁴ Sembra interessante richiamare una vicenda, della quale si darà conto più dettagliatamente in seguito, che accomuna la Repubblica Ceca all'Italia, nella misura in cui entrambe le Corti hanno cercato di evitare la marginalizzazione da Strasburgo ritenendosi le uniche giurisdizioni con competenza ad effettuare il controllo di convenzionalità. Si tratta di due vicende diametralmente opposte, ma con lo stesso obiettivo e che, probabilmente, mettono in luce due differenti modi di vedere la CEDU. La vicenda ceca ha origine dalla revisione costituzionale operata nel 2001, la quale ha, senza dubbio, "declassato" il rango attribuito ai trattati internazionali a tutela dei diritti umani, ai quali, secondo il novellato art. 88 Cost., non è più riconosciuta superiorità gerarchica nei confronti della legge ordinaria, ma mera priorità applicativa. Dunque, stando alla lettura degli artt. 10 e 95 Cost., il giudizio di convenzionalità sarebbe stato posto nelle mani dei giudici ordinari, anche nel caso di trattati sui diritti umani. La Corte ceca, tuttavia, non ha accettato tale interpretazione, emanando una peculiare sentenza (Pl. 36/01), attraverso la quale il rango dei trattati internazionali sui diritti umani viene innalzato e portato ad un livello costituzionale, in maniera da attrarre nelle sue competenze il controllo di convenzionalità su di essi e, in particolare, sulla CEDU. Tale decisione evoca il *reasoning* contenuto nelle sentenze gemelle della Corte italiana, emanate nel 2007 ed attraverso le quali la marginalizzazione da Strasburgo viene evitata "abbassando" il rango della CEDU, poiché se essa diventerà parametro di costituzionalità solo quando sarà accertato il suo rispetto dell'intera architettura costituzionale, appare chiaro che solo il Giudice delle leggi può avere tale competenza. Dunque, entrambe le Corti perseguono il medesimo obiettivo, ma lo raggiungono attraverso strategie opposte, in grado di mettere in luce la valenza della CEDU all'interno degli ordinamenti dell'est e dell'ovest, di cui le due Corti, in tal caso, paiono essere particolarmente rappresentative.

⁴⁷⁵ Il ricorso diretto non è, tuttavia, previsto in Estonia, Bulgaria e Lituania. Le modalità di accesso e gli atti avverso cui è possibile ricorrere si differenziano profondamente a seconda dell'ordinamento, poiché Repubblica Ceca, Slovacchia e Slovenia garantiscono il ricorso anche avverso le decisioni giudiziarie, mentre Polonia ed Ungheria sono più restrittive, stabilendo che possano essere impugnati solo gli atti che danno esecuzione ad una disciplina normativa di portata generale.

Roma, ovvero nel momento in cui non vi era alcun vincolo internazionale da rispettare. Malgrado ciò, sono numerose le pronunce delle Corti costituzionali dell'est in cui si trovano richiami espliciti alla CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, entrambi visti come modelli in grado di condurre alla democratizzazione. Il caso più emblematico appare quello portato in rilievo da una pronuncia slovena del 1993⁴⁷⁶, attraverso la quale veniva escluso che la previsione di un'associazione obbligatoria per i medici fosse da intendersi come lesiva della disposizione costituzionale contenuta nell'art. 42 Cost. sulla libertà di associazione. Tale affermazione fonda le basi, secondo il ragionamento della Corte slovena, non soltanto sull'interpretazione dell'art. 11 CEDU, ma, in particolare, sulla consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale aveva risolto analogamente una controversia sorta nell'ordinamento belga⁴⁷⁷. In tal senso, è già nella fase precedente alla ratifica della CEDU che le Corti dell'est mettono in luce una tendenza fondamentale, che differenzierà la loro giurisprudenza da quella più nota dell'ovest d'Europa, considerato che la Convenzione diviene uno strumento in grado di ispirare ed orientare il parametro costituzionale, mentre la giurisprudenza di Strasburgo diventa la colonna portante sulla quale fondare le argomentazioni contenute nelle pronunce. In effetti, nell'est d'Europa, CEDU e Corte EDU sono un binomio inscindibile ed è anche in virtù di ciò che la teoria delle fonti del diritto, stante la sua rigidità, talvolta non è in grado di evidenziare ogni singola peculiarità relativa alla posizione della Convenzione tanto nella sistematica delle fonti, quanto nella giurisprudenza, poiché il concetto di gerarchia appare riduttivo nel condurre tale analisi⁴⁷⁸. In altre parole, il dato costituzionale, già di per sé stesso peculiare ed in grado di riconoscere posizione privilegiata alla CEDU, non è in grado di spiegare per quale ragione la Convenzione diventi, al contempo, parametro di costituzionalità, elemento guida e pilastro su cui fondare argomentazioni in grado di condurre a dichiarazioni di incostituzionalità per violazione diretta della CEDU o della giurisprudenza di Strasburgo. Una combinazione di elementi del tutto sconosciuta dall'altra parte dell'Europa.

Date tali premesse, nella fase successiva alla ratifica della Convenzione di Roma i riferimenti alle pronunce di Strasburgo non soltanto aumentano in maniera esponenziale,

⁴⁷⁶ Sent. U-I-48/92

⁴⁷⁷ Il riferimento è alle sentt. della Corte di Strasburgo *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, ric. 6878/75 e 7238/75. Tuttavia, si può richiamare, altresì, una sentenza della Corte ungherese, [HUN-1990-S-003] 23/90, con la quale veniva dichiarata incostituzionale la pena di morte, facendo riferimento non soltanto alle disposizioni costituzionali, ma, altresì, agli strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali, con particolare riguardo alla CEDU ed alla giurisprudenza di Strasburgo.

⁴⁷⁸ O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad Est...*, cit., p. 212.

ma, piuttosto, divengono decisivi al fine della risoluzione di numerose questioni di costituzionalità. È, dunque, difficile non cogliere che il parametro internazionale diviene quanto meno fondamentale nel giudizio sulle norme interne e questo conferma, senza dubbio, le affermazioni relative alla imperfezione della teoria delle fonti del diritto quale criterio guida per spiegare tale grado di apertura. Un dato accomuna le Corti dell'est a quelle dell'ovest, ovvero la volontà di innalzare il grado della fonte CEDU in via giurisprudenziale, ma i punti di partenza sono così dissimili da condurre ad un esito dal portato profondamente differente. In altre parole, nell'Europa centro-orientale il parametro costituzionale garantisce alla Convenzione un ruolo fondamentale, un rango particolarmente elevato, con conseguente resistenza passiva ed attiva differente rispetto ad altre norme. Ebbene, è da tale dato che le Corti muovono verso l'innalzamento, rafforzando il ruolo della CEDU. È una pronuncia resa dalla Corte costituzionale ceca, già richiamata in precedenza, a costituire l'esempio più concreto di tali affermazioni. Essa trae spunto dalla riforma costituzionale del 2001, attraverso la quale, non soltanto il controllo di convenzionalità passava da accentrato a diffuso⁴⁷⁹, ma, soprattutto, veniva declassato il rango dei trattati internazionali dei diritti umani⁴⁸⁰, parificandolo a quello di ogni altro accordo internazionale concluso e ratificato. La Corte ceca, tuttavia, si è spinta fino a non riconoscere tale parificazione⁴⁸¹, fornendo una singolare interpretazione del novellato dettato costituzionale, ovvero sostenendo che in seguito alla revisione la CEDU ha acquisito rango pari-ordinato a Costituzione, innalzando, di fatto, il rango della Convenzione. Ciò che maggiormente stupisce è la coscienziosa esattezza del ragionamento portato avanti dalla Corte ceca, la quale fonda la sua fondamentale decisione su tre argomentazioni cruciali. In primo luogo, il Giudice delle leggi sostiene che in nessun caso si può ritenere che una revisione costituzionale abbia come obiettivo quello di limitare il livello procedurale di garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali, circostanza che avrebbe luogo nel caso in cui si impedisse il ricorso alla Corte in caso di violazione di un diritto attribuito al singolo ad opera della Convenzione. In secondo luogo – e questo è senza dubbio il passaggio maggiormente creativo – la Corte sostiene che, stando ad una

⁴⁷⁹ Attraverso la revisione dell'art. 95 Cost. che in precedenza attribuiva tale prerogativa esclusivamente alla Corte costituzionale.

⁴⁸⁰ L'art. 10 Cost., nella sua versione precedente al 2001, prevedeva che “i trattati internazionali in tema di diritti umani sono immediatamente vincolanti e superiori alla legge ordinaria”, mentre, la riformulazione stabilisce che “i trattati internazionali pubblicati, ratificati con l'assenso del Parlamento ed ai quali la Repubblica ceca è vincolata, sono parte dell'ordinamento giuridico: se un trattato internazionale stabilisce diversamente rispetto alla legge si applica il trattato internazionale”. È evidente che i trattati relativi al diritto internazionale dei diritti umani vengono parificati a tutti gli altri accordi internazionali.

⁴⁸¹ Sent. Pl. 36/01.

interpretazione letterale del novellato dettato costituzionale, si evincerebbe che il legislatore di riforma abbia voluto porre in essere un'irragionevole disparità tra due ipotesi di conflitto. In effetti, stando alla lettera, in caso di conflitto tra norma interna e Costituzione, il giudice ha l'obbligo di sollevare una questione incidentale dinanzi alla Corte, al contrario del caso di conflitto tra norma e trattato, circostanza in cui il giudice comune può risolvere la questione senza adire la Corte. Tuttavia, il Giudice delle leggi rifiuta tale argomentazione, sostenendo che non è possibile attribuire tale portata alla norma, dal momento che il diritto internazionale è parificato al diritto costituzionale, avendone la medesima natura, ragione per cui la differenza procedurale in caso di antinomie normative non soltanto non ha ragion d'essere, ma non trova giustificazione all'interno del Testo costituzionale. Di fatto, la Corte si spinge fino ad un'interpretazione teleologica, tale da concludere qual era il fine del legislatore di riforma, ma lo fa *a contrario*, asserendo che esso non intendeva per nulla introdurre una differenza procedurale in tale ambito, anche perché – e questa è l'ultima argomentazione – se lo avesse fatto, sarebbe andato contro il portato normativo dell'art. 2 Cost., che obbliga l'ordinamento ceco di rispettare il diritto internazionale. Un *reasoning* che conduce, dunque, ad un innalzamento del rango CEDU e del diritto internazionale dei diritti umani. Singolare, infine, appare la sicurezza della Corte nel difendere tale argomentazione che, è innegabile, si basa su una “forzatura interpretativa”, ma difesa attraverso ragionamenti particolarmente persuasivi. Si pensi alla decisione relativa al contrasto tra CEDU e Convenzione europea in materia di estradizione: la Corte ha ripreso la sentenza del 2001⁴⁸², sostenendo che gli obblighi discendenti da accordi internazionali in materia di diritti fondamentali prevalgono sui trattati internazionali concernenti qualsiasi altra materia, ovvero quelli che essa definisce “comuni”, i quali devono soccombere in caso di contrasto con i primi.

Una sentenza di tale portata, probabilmente, non sarà mai pronunciata da una Corte dell'ovest e ciò è riconducibile a più di una ragione, ma, in particolare, alla diversa percezione che i Paesi dell'est e quelli dell'ovest hanno del sistema CEDU. Le ragioni di tale difformità sono molte; in primo luogo le aspettative e gli atteggiamenti dei Paesi dell'est nei confronti della CEDU, senza dubbio differenti rispetto a quelli dei Paesi dell'ovest. I membri fondatori della CEDU avevano, infatti, in mente un sistema di diritti basato sui principi del diritto internazionale, capace di segnare la linea di demarcazione

⁴⁸² Sent. ÚS 752/02.

con l'antagonista modello comunista e, peraltro, capace di costituire il denominatore comune delle democrazie europee in cui la Corte EDU avrebbe dovuto ricoprire semplicemente il ruolo di arbitro. L'evoluzione di tale sistema, tuttavia, ha dimostrato che la CEDU non era un semplice Trattato internazionale e che il sistema da essa creato ha determinato un progressivo accrescimento dei poteri della Corte EDU. In tal senso, i Paesi dell'est, divenuti membri del Consiglio d'Europa solo negli anni Novanta, non avrebbero potuto illudersi che la CEDU fosse un normale Trattato di diritto internazionale e che la Corte EDU non fosse altro che l'arbitro di tale sistema, poiché era già emerso il "potenziale intrusivo" della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nei confronti degli ordinamenti nazionali. Vi è, peraltro, una diversa percezione tra i Paesi dell'est e dell'ovest relativa all'adeguatezza dei rispettivi sistemi di protezione dei diritti fondamentali e, dunque, una conseguente difformità in merito alla disponibilità ad aprirsi alle ragioni di Strasburgo. In altre parole, se le consolidate democrazie dell'ovest ritengono di avere molto più da insegnare al sistema CEDU, le giovani democrazie dell'est hanno visto nella Convenzione un'opportunità di crescita e di consolidamento democratico e, per tale ragione, hanno avuto maggiore disponibilità ad aprirsi alla Corte EDU, la quale, rilevando tale volontà, si è dimostrata aperta alla collaborazione, conquistando, in tal modo, un ruolo fondamentale anche nella fase di transizione costituzionale⁴⁸³.

Tale apertura è, dunque, eccezionale, ma porta con sé un problema di rilievo, poiché la domanda che non appare affatto scontata è relativa ai meccanismi interni di protezione. In altre parole, c'è da chiedersi se ed in quale misura il *favor* nei confronti del sistema CEDU possa abbassare i livelli interni di protezione dei diritti, considerato che nell'est sembra farsi un ragionamento diametralmente opposto a quello suggerito, ad oggi, dal principio *magis ut valeant*, tendendo ad una prevalenza costante della Convenzione di Roma sul diritto interno, poiché questa pare essere la tendenza dominante. Le decisioni della Corte di Strasburgo, in effetti, tendono ad acquisire un rilievo tale da determinare bruschi cambiamenti di rotta nella giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est Europa. Tuttavia, tale disponibilità all'apertura potrebbe determinare un abbassamento dei livelli di protezione, almeno nei casi in cui la normativa interna appare più garantista. In tal senso può essere letto il *revirement* giurisprudenziale ungherese relativamente alle peculiarità del processo di transizione, nella misura in cui la Corte costituzionale, attraverso consolidata giurisprudenza, aveva sostenuto che situazioni storiche contingenti non possono, in nessun

⁴⁸³ Una lucida ricostruzione è quella fatta da O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad Est...*, cit.

caso, mettere in discussione i principi cardine dello Stato di diritto e la *rule of law*⁴⁸⁴. Di diverso avviso la Corte di Strasburgo, secondo la quale la restrizione dell'esercizio di una libertà deve essere giudicata tenendo in debita considerazione il delicato momento storico, in particolare se si tratta di una fase di transizione costituzionale⁴⁸⁵. La divergenza di vedute appariva, dunque, in maniera particolarmente chiara, dal momento che la Corte ungherese era senza dubbio più garantista; tuttavia, malgrado le ragioni alla base della decisione in esame, il Giudice delle leggi ha optato per un *revirement*, in grado di accogliere le argomentazioni della Corte EDU. Ecco, dunque, che le limitazioni ai diritti divenivano possibili, perché era il momento storico a giustificarle, tanto da indurre la Corte di Strasburgo a dichiarare conclusa la fase di transizione ungherese⁴⁸⁶, avendo percepito la pericolosità di quello che stava accadendo.

L'interrogativo di partenza, dunque, è ben lungi dall'essere scontato, poiché l'apertura incondizionata ai sistemi internazionali di garanzia dei diritti e, in qualche misura, quella immutata percezione di inadeguatezza dei propri mezzi, può "far perdere di vista" il principio cardine che si pone alla base del *multilevel constitutionalism*, ovvero l'esigenza che sia sempre la norma (o il giudicato) maggiormente garantista a prevalere sugli altri strumenti.

Ciò che maggiormente colpisce, tuttavia, non è tanto l'incondizionata apertura verso le ragioni di Strasburgo nel caso di effetti diretti della pronuncia, ma, piuttosto, è la volontaria sottomissione al suo giudicato da parte delle Corti dell'est, che si percepisce, in particolare, prendendo in considerazione gli effetti indiretti delle sentenze della Corte EDU sugli ordinamenti cui la pronuncia non si rivolge in maniera diretta. L'attitudine a riconoscere l'effetto di *res interpretata* alle pronunce della Corte EDU emerge, in particolare, dal costante richiamo, nella giurisprudenza delle Corti dell'est, delle interpretazioni rese dalla Corte di Strasburgo nei casi in cui si giudichi su fattispecie analoghe. Tale attitudine non soltanto è in grado di mettere in luce la volontà espressa da tali ordinamenti di prevenire qualsivoglia condanna da Strasburgo, ma lascia emergere un dato significativo risiedente nella volontà delle Corti dell'est di seguire anche quelle

⁴⁸⁴ L'ultima di tali pronunce risale al 1992.

⁴⁸⁵ Sent. *Rekvényi c. Ungheria* ric. 35390/94.

⁴⁸⁶ Sent. *Vajnai c. Ungheria* ric. 333629/06.

indicazioni, da sempre auspiccate da Strasburgo, di riconoscere gli effetti indiretti delle pronunce⁴⁸⁷.

I conflitti tra Corti sono, dunque, un'eccezione nell'est d'Europa, e ciò per due ragioni fondamentali, l'una ascrivibile ad un dettato costituzionale "modellato" sui livelli di tutela garantiti dalla CEDU e l'altro alla peculiare apertura verso Strasburgo di tali Corti⁴⁸⁸, che fa della Convenzione di Roma uno strumento interpretativo privilegiato alla luce del quale vengono lette tanto la normativa quanto la Costituzione nazionale⁴⁸⁹. Il

⁴⁸⁷ Sovente, peraltro, si trovano le medesime argomentazioni espresse nelle sentenze di Strasburgo all'interno dei ragionamenti delle Corti dell'est. Cfr. V. SCIARABBA, *La riapertura del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: profili di comparazione*, in DPCE, 2/2009.

⁴⁸⁸ In effetti solo un conflitto pare degno di nota, ovvero quello sorto tra la Corte costituzionale bulgara e la Corte EDU, relativamente allo scioglimento di un partito ad opera di un sentenza della prima (03/99 [BUL-2000-1-001]). Lo scioglimento della Organizzazione Macedone Unita Iliden Pirin si basava, secondo la Corte costituzionale, sulla minaccia dell'integrità territoriale del Paese, nonché sull'art. 11 CEDU, secondo il quale la libertà di associazione può subire delle restrizioni per necessità di ordine pubblico. La Corte EDU, attraverso la sent. *Organizzazione Macedone Unita Iliden Pirin e altri c. Bulgaria* (ric. 59489/2000) sosteneva, al contrario, che la misura dello scioglimento per la sola paventata minaccia alla integrità territoriale appariva assai drastica, in particolare per un partito politico, visto il ruolo giocato da questi nel consolidamento della democrazia. Pertanto, secondo la Corte di Strasburgo, la misura adottata avrebbe necessitato di altre e più approfondite argomentazioni, dal momento che la minaccia proveniva da dirigenti di partito e non era contenuta nello Statuto della organizzazione, concludendo la questione con una condanna nei confronti della Bulgaria per violazione dell'art. 11 CEDU.

⁴⁸⁹ Pare necessario, in tal senso, richiamare le sentenze pilota della Corte EDU, che hanno visto la straordinaria collaborazione tra Corti nazionali dell'Europa centro-orientale e Corte di Strasburgo. Secondo questo meccanismo, la Corte EDU può dichiarare un caso come rappresentativo di un problema più ampio, cioè sistemico dello Stato membro interessato, e così facendo avviare un processo in cui sono sospesi tutti i casi simili pendenti, richiedendo, al contempo, una soluzione allo Stato membro. In effetti, la logica del processo si sposta da una decisione giudiziaria alla logica dell'onere che incombe sullo Stato di rimediare alla violazione strutturale. A tal proposito possiamo richiamare due sentenze pilota, di indubbio interesse, entrambe riguardanti la Polonia e di cui si parlerà più ampiamente in seguito. Le pronunce collegate da un filo rosso, individuabile nella violazione del diritto di proprietà. Il primo caso è quello *Broniowski*, che ha visto la condanna della Polonia per aver fornito un risarcimento inadeguato ai cittadini polacchi per le proprietà perdute negli ex territori polacchi a est del fiume Bug. A seguito di questa sentenza, lo Stato in questione ha adeguato la propria normativa, accogliendo le indicazioni della Corte EDU. Simile, per molti versi, il caso *Hutten-Czapska*, poiché anche in questo frangente la Polonia ha provveduto ad una riforma del diritto interno su indicazione della Corte di Strasburgo. Ma in questa sentenza c'è di più, c'è un *tandem* tra Corte EDU e Corte costituzionale nazionale, poiché quest'ultima aveva messo in luce le carenze della legislazione interna in rapporto alle norme della Convenzione. La Corte EDU, basandosi su tali pronunce interne, ha fornito al legislatore una indicazione di massima sulla riforma interna da adottare. Entrambi i casi si sono conclusi, dunque, con una sentenza di "conciliazione amichevole" che ha recepito le indicazioni della Corte EDU. La Corte Europea, in *tandem* con l'autorità costituzionale interna, ha svolto un ruolo significativo nello stabilire i confini entro i quali sono ammissibili misure transitorie, stabilendo, di fatto, la fine della transizione costituzione costituzionale, periodo in cui sono tollerate misure speciali. Sul punto, in particolare, cfr. R. HARMSSEN, *The Transformation of the ECHR Legal Order and the Post-Enlargement Challenges facing the European Court of Human Rights*, in O. POLLICINO, G. MARTINICO (a cura di), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, cit., 2010, p. 29 e ss. L'interesse, tuttavia, si concentra anche sull'ordinamento bulgaro relativamente alle sentenze pilota, dal momento che la normativa nazionale relativamente alla tutela dei diritti fondamentali si è sviluppata principalmente a seguito delle condanne della Bulgaria da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ad esempio, la procedura penale è stata modificato nel 2000 in seguito alle sentenze *Assenov contro Bulgaria* del 1998 e *Nikolova c. Bulgaria* del 1999. La riforma ha rafforzato le garanzie procedurali che devono essere rispettate da parte delle autorità nazionali quando assumono una misura di "detenzione preventiva". La legislazione nazionale in materia di libertà religiosa è stata modificata in seguito al caso *Hassan e Chauch contro Bulgaria* del 2000, in cui la Corte europea ha ritenuto che il potere esecutivo nell'intervenire nella

giudizio di convenzionalità, in effetti, è un “giudizio all’italiana”, dal momento che è prerogativa esclusiva delle Corti costituzionali, le quali difficilmente si troveranno a risolvere casi di contrasto, stante l’armonia tra i due dettati normativi; tuttavia, esse, come peraltro la Corte italiana, hanno sottolineato la necessaria collaborazione dei giudici ordinari, i quali sono chiamati ad attenersi all’obbligo di interpretazione conforme, ovvero a dare una interpretazione “convenzionalmente orientata” della normativa interna. A ben vedere, qui come in Italia, il ruolo del giudice *a quo* è lungi dall’essere marginale, dal momento che sono essi i primi a confrontarsi con la CEDU, ma gli esiti di tali confronti sono diametralmente opposti. Se in Italia i giudici ordinari e, invero, anche la Cassazione, sembrano essere aperti verso la Convenzione EDU, tanto da spingersi, sovente a parlare di diretta applicabilità, trovando, tuttavia, una maggiore cautela da parte della Corte costituzionale (ancora molto restia nei confronti della CEDU), nell’est d’Europa accade l’esatto contrario. Le Corti costituzionali, nate in seguito al crollo del regime, composte da giudici particolarmente avvezzi a maneggiare strumenti internazionali, non riescono a confrontarsi, fattivamente, con il medesimo favore da parte dei giudici ordinari, i quali paiono ancora troppo ancorati alla legge come strumento supremo ed intesa nel senso di diritto scritto, non avendo del tutto chiara la necessità di allontanarsi, talune volte, dal mero portato letterale di una norma, per spingersi ad interpretazioni in grado di tener conto, fra l’altro, degli obblighi internazionali. Accade, sovente, che essi non sollevino l’eccezione di incostituzionalità per violazione diretta, da parte di una norma, di una disposizione costituzionale, ragione per cui è, quantomeno ad oggi, difficile pretendere che essi si spingano fino a porre in rilievo una questione di convenzionalità. All’interno di un siffatto quadro, tanto normativo, quanto giurisprudenziale, si potrebbe, tuttavia, ipotizzare che la CEDU e, più in generale, il diritto internazionale, acquisteranno gradualmente valore anche presso i giudici comuni, i quali si adegueranno lentamente agli orientamenti delle Corti costituzionali nazionali.

Emerge, dunque, una generalizzata tendenza all’apertura verso l’ordinamento internazionale, supportata da un parametro costituzionale favorevole, ma, altresì, particolarmente disponibile nei confronti del giudicato di Strasburgo, tanto da innalzare, di fatto, il rango della Convenzione, facendola divenire una fonte para-costituzionale dotata

sostituzione della guida della comunità religiosa musulmana, aveva violato la libertà religiosa. La normativa nazionale è stata poi modificata nel 2003 per tenere espressamente conto di tale condanna da parte della Corte europea.

di un valore assiologico sorprendente. Dunque, è ancora una volta la giurisprudenza ad assumere il ruolo di maggiore rilievo, poiché anche nell'est è ad essa che si deve l'innalzamento del rango della CEDU, ma con esiti differenti dall'ovest d'Europa, dal momento che il dato costituzionale di partenza è profondamente differente.

In effetti, volendo riprendere le teorie classiche relative al rapporto tra ordinamenti, è innegabile che il monismo su cui si basano gli orientamenti giurisprudenziali abbia le proprie radici nel parametro costituzionale, interpretato in modo da non snaturare l'approccio teorico al fenomeno internazionale, ossia, in maniera tale da rendere effettivo il dettato costituzionale, facendolo vivere nei rapporti tra ordinamenti.

3. La peculiare apertura al diritto dell'Unione Europea nei nuovi Stati membri

L'esito dell'indagine relativa all'apertura da parte dei Paesi dell'est Europa al diritto internazionale, in particolare a quello CEDU, potrebbe indurre a ritenere che quella peculiare apertura caratterizzi anche i rapporti con l'Unione Europea; tuttavia il modo di approcciarsi a tale fenomeno si diversifica per delle forme di chiusura sconosciute nell'ovest. In effetti, le Costituzioni *post*-1989 si sono caratterizzate per una anomala apertura al diritto internazionale ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale ha avuto, dunque, la possibilità di dar vita ad un giurisprudenza "aggressiva", ovvero decisamente in grado di incidere su quegli ordinamenti nazionali che perseguivano l'obiettivo di innalzare gli *standard* di tutela dei diritti fondamentali. Ciò non si è tradotto nella medesima benevolenza nei confronti del diritto dell'Unione Europea, da un lato perché la Corte di Giustizia, invero, ha cercato di fare un passo indietro, riconoscendo le peculiarità ordinamentali dei nuovi membri dell'est, dall'altro lato rileva il dato costituzionale, sicuramente meno favorevole al diritto sovranazionale⁴⁹⁰. Nonostante la validità di tali motivazioni, pare piuttosto bizzarro tale atteggiamento, dal momento che l'apertura è riservata ad un ordinamento – quello CEDU – il cui potenziale intrusivo è molto inferiore rispetto all'ordinamento comunitario. Peraltro, sono le stesse Corti europee a favorire significativamente tale peculiarità, atteso che il loro comportamento è opposto,

⁴⁹⁰ Cfr. A. ALBI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge, cit., pp. 20 e ss; O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad Est...*, cit., p. 262.

nella misura in cui la Corte di Giustizia sembra concedere ai nuovi membri un “margine di apprezzamento” più ampio, perseguendo l’obiettivo di rispettare le loro identità. Al contrario, la Corte di Strasburgo si muove in quadro completamente differente, poiché all’atteggiamento di apertura risponde con giudicati tali da avere un impatto significativo negli ordinamenti dell’est, collabora con le Corti, indica, in taluni casi, la strada da seguire per evitare violazioni strutturali. Un atteggiamento pressoché sconosciuto ai Paesi dell’ovest⁴⁹¹. Tuttavia, leggere tali fenomeni attraverso delle lenti modellate sul costituzionalismo dell’ovest d’Europa significherebbe non comprendere le motivazioni che stanno alla base di quella che, ad un primo sguardo, può apparire una scelta insensata, soprattutto se si considera il momento dell’adesione di tali ordinamenti. È, in effetti, del tutto singolare che le Costituzioni dei nuovi membri abbiano una vocazione meno europeista rispetto a quelle elaborate nel secondo dopoguerra, atteso che esse avrebbero potuto rifarsi a numerosi modelli di riferimento per ciò che attiene alla elaborazione di clausole europee, avendo ben chiaro cosa era divenuta l’Unione Europea nel corso degli anni. Così non è stato e chiarirne le ragioni significa comprendere l’euroscetticismo che caratterizza – seppure con notevoli differenze nell’intensità – l’est d’Europa, ma, in particolare, corrisponde ad indagare su un modo completamente differente di approcciarsi al fenomeno comunitario.

L’analisi non può che muovere dal parametro costituzionale, poiché questo è il primo indicatore dell’abbandono del monismo nell’approccio con l’Unione Europea. Ciò che connota, in primo luogo, i Testi costituzionali dell’Europa centro-orientale è una marcata impronta sovranista, dalla quale discendono numerose problematiche che si palesano nel rapporto con l’Unione⁴⁹². Alla base di tale atteggiamento vi è, senza dubbio, il connotato identitario, che ha caratterizzato la fase della transizione democratica, divenendo, successivamente, tratto fondamentale della sovranità, vista come reazione ad un passato autoritario, in cui non si era sovrani, ma satelliti dell’URSS⁴⁹³. In effetti, è la combinazione di indipendenza (sovranità esterna) e sovranità (sovranità interna) a connotare tali Costituzioni e ciò non è altro che la reazione alla perdita di entrambe durante

⁴⁹¹ Negli ultimi tempi, però, tale tendenza, pare affermarsi anche negli ordinamenti dell’ovest, dal momento che la Corte EDU ha inaugurato un periodo di maggiore aggressività ordinamentale, con il conseguente maggiore potenziale intrusivo del suo giudicato.

⁴⁹² Un’analisi attenta è quella condotta da N. WALKER, *Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union*, in *European Law Journal*, n. 4/98; R. BELLAMY, D. CASTIGLIONE, *Democracy, Sovereignty and the Constitution of the Europe Union: The Republican Alternative to Liberalism*, in *European Law Journal*, n. 4/98.

⁴⁹³ Cfr. A. ALBI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge, cit., pp. 24 e ss.

il periodo socialista⁴⁹⁴. Si osservi, inoltre, che la Costituzione riconosce a se stessa il primato nella sistematica delle fonti, ostando, insieme alla mancata previsione di cessione di sovranità verso organizzazioni internazionali, al processo di integrazione. Nella fase che precede l'adesione all'Unione Europea è stato, infatti, richiesto a tali Stati di concedere basi costituzionali più solide al fenomeno comunitario, suggerendo l'introduzione di clausole europee. È proprio in questa fase che emerge l'euroscetticismo dell'est Europa, poiché le revisioni avrebbero potuto introdurre clausole volte a garantire uno stabile ancoraggio all'Unione, facendo emergere la natura *sui generis* di tale organizzazione, che, senza dubbio, si era ormai palesata sul finire degli anni Novanta del secolo scorso. Tuttavia, il parametro costituzionale mette in luce la volontà di non spingersi troppo in là, di non parlare di “cessione” di sovranità, ma di “concessione di poteri” ad organizzazioni internazionali, ovvero non menzionando in nessun caso il fenomeno comunitario⁴⁹⁵. Volendo, in qualche misura, generalizzare, si possono distinguere tre gruppi all'interno dei Testi costituzionali, a seconda del grado di apertura al diritto sovranazionale. Un primo gruppo è composto da quei Paesi i cui i testi appaiono particolarmente restrittivi nei confronti del fenomeno comunitario; al secondo gruppo appartengono i Testi in cui viene menzionato il “trasferimento” di competenze; infine, all'ultimo gruppo appartengono quelle Costituzioni che parlano di “delega” di competenze⁴⁹⁶. In particolare, in quest'ultimo caso la cautela è pressoché estremizzata, dal momento che la “delega” non è da intendersi nel senso della “cessione”, poiché la prima è vista come revocabile in qualsiasi momento⁴⁹⁷. Si tratta, dunque, di un approccio minimalista, che ha indotto la gran

⁴⁹⁴ *Ibidem*, l'Autore mette in luce come non sia affatto casuale che nel territorio oggetto di indagine nove Costituzioni su dieci operino tale distinzione tra sovranità interna ed esterna, poiché solo la Slovacchia richiama, in maniera generica ed unitaria, il concetto di sovranità. Peraltro, le previsioni relative alla sovranità sono “protette” da numerose clausole di salvaguardia, relative al divieto di limitare la sovranità ed ad all'obbligo per i poteri statali di proteggerla. Sovente, tali previsioni si collocano in quelle parti della Costituzione non sottoponibili a revisione costituzionale o modificabili attraverso procedimenti più che aggravati. Ciò spiega l'inesistenza di clausole di apertura, in cui si menzioni la volontà di cedere sovranità ad organizzazioni internazionali. In tal senso, è probabilmente la Costituzione estone quella maggiormente ancorata a tali concetti, qualificando sovranità ed indipendenza come “inalienabili” nell'art. 1 Cost. Più in generale, sono le Costituzioni dei tre Paesi baltici ad introdurre le clausole più restrittive, richiedendo il *referendum* per la modifica di talune parti della Costituzione, tra cui quelle relative a sovranità ed indipendenza.

⁴⁹⁵ A. DI GREGORIO, *Riforme costituzionali e integrazione europea: il caso dei nuovi membri dell'Est*, in DPCE 4/2004. L'Autore distingue tra ordinamenti restii a cedere la sovranità, mettendo in luce che i Paesi Baltici, in tal senso, sono quelli meno propensi.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 2068. Si parla, in effetti, di “cautele terminologiche”.

⁴⁹⁷ I riferimenti più restrittivi sono contenuti nella Costituzione estone, che parla di una mera “appartenenza” all'Unione Europea, menzionando, tuttavia, il fenomeno comunitario, ma anche nei Testi della Lituania e della Bulgaria, in cui si parla di “partecipazione” ad organizzazioni internazionali. Di “trasferimento”, invece, parlano le Costituzioni della Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia e Romania, mentre nelle altre

parte di tali ordinamenti ad adottare la soluzione tipica dell'ordinamento francese, ovvero la clausola volta a salvaguardare la sovranità della Costituzione, che richiede adeguamenti costanti, attraverso revisioni del Testo, al processo di integrazione. Peraltro, è agevole notare come la soluzione venga estremizzata, dunque accolta solo nella parte in cui si concentra sulla salvaguardia del Testo fondamentale. Il modello italiano, al contrario, non è stato accolto all'interno di nessun ordinamento, probabilmente perché visto come possibile base di una giurisprudenza possibilista, relativamente all'apertura.

Concentrandosi sul rapporto tra diritto interno e diritto sovranazionale, la situazione, di fatto, non muta, poiché i Testi costituzionali *de quibus* prediligono il silenzio in tale ambito, nella misura in cui questi chiariscono che al vertice delle fonti si pone la Costituzione, ma non risolvono la questione relativa al primato del diritto dell'Unione Europea, eccezion fatta per Slovacchia e Romania, che, invero, disciplinano in maniera esauriente la questione⁴⁹⁸. Tuttavia, anche i Testi di Polonia e Slovenia affrontano tale problematica, ma lo fanno attraverso una impronta marcatamente internazionalista, accennando semplicemente agli effetti del diritto comunitario derivato⁴⁹⁹.

Le motivazioni dell'euroscetticismo sono, invero, comprensibili se si tiene conto del passato autoritario di tali ordinamenti, che li induce a vedere nell'Unione Europea un potenziale "nemico", almeno in termini di erosione della sovranità appena riconquistata. Tale atteggiamento, al contrario, non caratterizza il rapporto con la CEDU ed è in tale elemento che pare possibile cogliere taluni elementi caratteristici (e di negatività) dell'apertura verso l'esterno. In primo luogo, è singolare il mancato riconoscimento delle peculiarità dell'Unione, dal momento che l'atteggiamento di negatività e negazione discende proprio da una idea precisa del potenziale intrusivo del diritto comunitario, per

è preferito l'utilizzo del termine "delega". Tra queste, l'Unione Europea, *expressis verbis*, trova spazio solo in Ungheria, Slovacchia, Romania, Estonia, Bulgaria, Lituania, Slovenia e Polonia.

⁴⁹⁸ La Costituzione slovacca prevede all'art. 7, comma 2 che "gli atti giuridici vincolanti della Comunità europea e dell'Unione europea prevalgono sulle leggi della Repubblica slovacca. L'attuazione degli atti giuridici vincolanti che richiedono una implementazione che si effettua con legge e con un decreto del Governo". L'art. 145, comma 1 della Costituzione rumena stabilisce che "quale conseguenza dell'adesione, le disposizioni dei Trattati istitutivi dell'Unione europea, come la normativa comunitaria vincolante, avranno la prevalenza rispetto alle disposizioni della normativa nazionale in conflitto, in armonia con quanto previsto dal Trattato di Adesione".

⁴⁹⁹ L'art. 97, comma 3 della Costituzione polacca prevede che "se un Trattato internazionale ratificato dalla Repubblica di Polonia che istituisce una organizzazione internazionale lo prevede, le norme da essa emanate devono essere applicate direttamente e sono superiori in caso di conflitto con leggi". L'art. 3, comma 3 della Costituzione slovena è, invece, molto più peculiare, dal momento che accoglie la dottrina dei controlimiti, prevedendo che "gli atti giuridici e le decisioni adottate all'interno di un'organizzazione internazionale cui la Slovenia ha trasferito l'esercizio di parte dei suoi diritti sovrani vengono applicati in Slovenia in conformità con le norme istitutive di tale organizzazione". Tuttavia, il tratto più interessante della previsione risiede nella esigenza che tali atti si basino "sul rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché sul rispetto della democrazia e della *rule of law*".

cui, il fatto di non riconoscerne la forza non esime gli ordinamenti *de quibus* dal dover risolvere le problematiche connesse al fenomeno. In effetti, se la peculiarità non fosse stata riconosciuta, le clausole costituzionali di apertura all'ordinamento internazionale avrebbero costituito una solida base, ovvero non avrebbero lasciato che lo Stato andasse incontro a numerose problematiche nella risoluzione delle antinomie normative. In secondo luogo, la singolare apertura verso l'ordinamento CEDU, almeno dal punto di vista dell'est, non comporterebbe una erosione della sovranità, ma le decisioni pilota della Corte EDU, attraverso le quali essa suggerisce come intervenire all'interno dell'ordinamento onde eliminare violazioni strutturali della Convenzione di Roma, appaiono significativamente più intrusive di taluni atti comunitari. In tal senso, una contraddizione si coglie facilmente, poiché tale atteggiamento difensivista avrebbe ragion d'essere se fosse applicato in maniera indiscriminata, tanto al diritto dell'Unione, quanto a quello internazionale, malgrado il momento storico di tendente globalizzazione del diritto poco lo giustificerebbe, ma, quantomeno, metterebbe in luce un tratto essenziale di tale costituzionalismo. È pur vero, e su questo si concorda, che sovranazionalità e internazionalità sono concetti differenti e che il diritto sovranazionale ha un potenziale intrusivo maggiore rispetto a quello internazionale; tuttavia, quel che appare incomprensibile, sono le motivazioni che inducono alla chiusura *a priori* nei confronti di un ordinamento – quello UE – che, per vocazione, ha un impatto più netto sull'ordine interno nel momento in cui a tale chiusura corrisponde un'apertura insolita verso un altro ordinamento – quello CEDU –, tale da rendere il suo impatto interno molto più significativo rispetto al diritto sovranazionale comunitario⁵⁰⁰.

Lasciando, tuttavia, da parte quelle che possono essere mere speculazioni teoriche, è innegabile che un siffatto approccio provochi molti problemi nell'applicazione della dottrina *Simmenthal* nell'est d'Europa e, di conseguenza, dell'effetto utile del diritto dell'Unione Europea⁵⁰¹. In effetti, tali principi cardine del diritto comunitario derogherebbero ad un dettato costituzionale che non distingue tra diritto internazionale e comunitario e pone in maniera netta la Costituzione al vertice delle fonti, definendola, sovente, quale norma immodificabile. Tale stato di cose, per certi versi, ricorda l'ordinamento italiano, in cui l'assenza della clausola europea, il rifiuto dei principi cardine

⁵⁰⁰ Si ricordi, peraltro, che l'euroscetticismo si evince in maniera inequivocabile dalla previsione di *referendum* precedenti all'adesione, con il fine di legittimare attraverso la consultazione popolare il rischio di dover mettere in discussione la sovranità. In molti casi, i *quorum* richiesti per la validità del *referendum* sono stati addirittura abbassati, nel timore che ciò avrebbe potuto inficiarne l'esito.

⁵⁰¹ O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad est...*, cit., pp. 271 e ss.

del diritto comunitario e l'asserzione della primazia costituzionale hanno provocato non pochi problemi nel rapporto tra fonti. Tuttavia, l'Italia è un membro fondatore dell'Unione e mai avrebbe potuto prevedere l'accelerazione che essa ha conosciuto nel tempo, mentre tali argomentazioni non possono valere per quegli ordinamenti che divengono membri nel 2004 e nel 2007. Peraltro, i giudici italiani hanno magistralmente trovato risoluzione a tali problematiche, "cedendo" di fronte al concetto di *primauté* e "stemperando", anche attraverso i controlimiti, il concetto di supremazia indiscriminata della Costituzione e della legislazione interna.

È, dunque, per tale ragione che diviene necessario indagare sull'impatto giurisprudenziale delle Corti dell'est su tale problematica, cercando di comprendere se ed in quale misura l'euroscetticismo tende ad attenuarsi e come le problematiche poste trovano risoluzione, nel silenzio dei Testi costituzionali. Il ruolo delle Corti interne, ancora una volta, diviene fondamentale, poiché ad esse è spettato (e spetta) il compito di conciliare "due esigenze in astratto difficilmente riconciliabili"⁵⁰². Da un lato, in effetti, sulle Corti gravava l'obbligo di recepire l'*aquis communautaire*, ma, per altro verso, ciò andava conciliato con il ruolo di custodi della Costituzione, quindi anche di quei valori costituzionali ostativi al processo di integrazione. In altri termini, alle Corti spettava il ruolo di difendere i principi di sovranità ed indipendenza, conciliandoli con i principi cardine del diritto comunitario.

Come abbiano raggiunto tali obiettivi può essere desunto esclusivamente dalle pronunce, tuttavia l'esame deve concentrarsi tanto sulle sentenze che precedono l'adesione, quanto su quelle successive, poiché entrambe divengono indicatore privilegiato della capacità di tali Corti di porre risoluzione alla problematica in questione. In effetti, sono proprio le pronunce pre-adesione a suscitare particolare interesse, malgrado il numero esiguo delle stesse, dal momento che emerge una particolare apertura verso l'ordinamento dell'Unione Europea, che, tuttavia, ad un'analisi più attenta, si rivela meramente apparente, dal momento che essa viene "dimenticata" nella fase successiva all'adesione. Ciò accade non soltanto a causa della scarsa attitudine delle Corti ad aprirsi al fenomeno comunitario, ma, in particolare, perché i giudici comuni faticano ancora oggi a dare attuazione al diritto dell'Unione. Questo dimostra quanto si affermava in precedenza relativamente alla scarsa cultura dei giudici comuni, ancora legati a dogmi discendenti da una cultura fondata sulla

⁵⁰² *Ibidem*, p. 274.

forza della legge interna che li rende poco avvezzi agli strumenti di diritto internazionale e, ancor di più, a quelli discendenti da un diritto sovranazionale.

A mettere in luce tale tendenza sono, in particolare, le dichiarazioni di intenti che caratterizzano la giurisprudenza precedente all'adesione, dalla quale emerge una marcata apertura verso l'Unione Europea, tanto da indurre gli ordinamenti in esame ad annullare norme alla luce di questo o a lasciare che tale diritto ispiri la formazione della legislazione interna. Tuttavia, ci troviamo in una fase in cui nessun obbligo comunitario vincola le Corti dell'est e, in qualche misura, le rende propense ad elaborare delle propositive dichiarazioni di intenti, le quali, però, saranno puntualmente disattese nella fase successiva all'adesione⁵⁰³. In effetti, la predisposizione all'apertura, desuibile dalla volontà di interpretare la normativa interna alla luce del diritto dell'Unione Europea, tende a scomparire nella fase immediatamente successiva all'adesione, caratterizzata, sovente, da un tono ostile nei confronti del diritto comunitario. Le ragioni, invero, appaiono poco comprensibili, ma, senza dubbio, attribuibili al timore per un diritto con una elevata capacità di incidere sugli ordinamenti interni, e, altresì, ad una reazione per ciò che l'Unione aveva preteso da tali ordinamenti nella fase precedente all'adesione. Tuttavia, ritornando alle affermazioni di partenza, può notarsi che la necessità delle Corti di conciliare principi costituzionali supremi e primazia del diritto dell'Unione abbia esiti differenti nella fase pre-adesione ed in quella post-adesione, atteso che nella prima prevale, senz'altro, il riguardo per il diritto comunitario, mentre, nella seconda, le Corti spostano l'attenzione sul diritto interno.

Questa seconda fase, caratterizzata da una peculiare ostilità nei confronti dell'Unione Europea, tende ad esaurirsi grazie all'intervento della Corte di Giustizia, che si

⁵⁰³ Le pronunce che precedono l'adesione all'Unione seguono il medesimo filo conduttore, ovvero la marcata apertura verso l'Unione. Il primo esempio è costituito dalla sentenza K 15/97 del Tribunale costituzionale polacco attraverso la quale il Giudice delle leggi si spinge fino a caducare una normativa interna relativa alle differenziazioni in età pensionabile perché ritenuta in contrasto con il principio di eguaglianza, ricavabile dal diritto dell'Unione e per come interpretato dalla Corte di Giustizia. Secondo il Tribunale polacco, l'ordinamento statale era obbligato a fare il possibile per conformarsi al diritto comunitario, ritenendo che in tale obbligo rientrasse anche quello di "interpretare la normativa già esistente nel modo che possa garantire detta compatibilità". La medesima tendenza è messa in luce dalla Corte costituzionale ceca con la sentenza Pl. ÚS 5/01, con la quale, nell'ambito di una questione riguardante le quote latte, viene rigettata l'interpretazione dei ricorrenti, secondo i quali il diritto comunitario non era vincolante nella fase pre-adesione. La Corte ceca sostiene, al contrario, che tale diritto "non può essere considerato per questa Corte diritto straniero, in quanto ha una capacità di incidere assai elevata sulla giurisprudenza costituzionale". Secondo la Corte estone il diritto dell'Unione non può considerarsi vincolante nella fase che precede l'adesione; tuttavia esso deve ispirare ugualmente la creazione di una legislazione interna con esso compatibile (sent. III-4-A-5/94). In controtendenza solo la Corte ungherese, la quale, nella sent. 30/1998 paragona il diritto dell'Unione ad un diritto straniero, argomentando tale affermazione sulla base della mancata adesione all'epoca dei fatti.

è dimostrata estremamente rispettosa delle specificità tipiche dell'est Europa, inducendo i nuovi Paesi membri a ridimensionare quella chiusura post-adesione. In effetti, malgrado il parametro costituzionale consentisse scarsi margini di apertura all'Unione, le Corti dell'est, rassicurate dal "passo indietro" della Corte di Giustizia, inaugurano la fase attuale, che mette in luce una continuità rispetto alle tendenze tipiche dell'ovest. Le Corti costituzionali, tanto nell'est, quanto nell'ovest d'Europa, cercano di aprirsi al diritto comunitario, interpretando, sovente, in maniera estensiva il dato costituzionale, ponendo, tuttavia, dei limiti alla primazia del diritto dell'Unione. In effetti, come si vedrà più nel dettaglio, anche le Corti dell'Europa centro-orientale si sono incamminate verso l'elaborazione della teoria dei controlimiti, in taluni casi condotta alle estreme conseguenze⁵⁰⁴, ma, comunque, in grado di favorire il dialogo con la Corte di Lussemburgo.

Emergono, dunque, talune tendenze comuni all'est ed all'ovest dell'Europa, tuttavia si tratta di convergenze davvero modeste, considerando che sono circoscrivibili ai principi cardine del diritto comunitario, in particolare alla primazia ed alla diretta applicabilità, entrambi accolti nei ventisette Stati membri dell'Unione, seppure con gradazioni differenti. Ciò, inequivocabilmente, ci induce a ritenere che le divergenze sono assai più consistenti, poiché la specificità tipica di tali ordinamenti emerge tanto nel rapporto con la CEDU, quanto nel rapporto con l'Unione Europea. Il dato, senza dubbio, più chiaro è la maggiore apertura verso l'ordinamento CEDU, dovuta ad un parametro costituzionale più permissivo nei confronti del diritto internazionale, specie quello dei diritti umani, rispetto al diritto sovranazionale, il quale si scontra con clausole ostative alla cessione di sovranità. In effetti, la mancata verbalizzazione, all'interno dei Testi costituzionali, della forza propria del diritto dell'Unione, comporta una "retrocessione" di questo all'interno della gerarchia delle fonti. Tuttavia, tale atteggiamento mal si coniuga con i meccanismi di risoluzione delle antinomie tipici di questi ordinamenti, dal momento che, malgrado la chiusura, il diritto dell'Unione viene applicato direttamente in caso di contrasto con la normativa nazionale, mentre il controllo di convenzionalità è monopolio esclusivo delle Corti costituzionali. Le motivazioni di ciò, come più volte si è accennato, sono, al contempo, uguali ed opposte a quelle dell'ordinamento italiano, poiché in entrambi in casi le Corti tendono ad evitare la marginalizzazione da Strasburgo, ma per motivazioni opposte, atteso che per la Corte italiana un'applicazione diretta della CEDU non sarebbe possibile, dal momento che essa è

⁵⁰⁴ Così risulta da una recentissima pronuncia del 2012 della Corte ceca, con la quale viene dichiarata *ultra vires* una sentenza della Corte di Giustizia.

obbligata a rispettare l'intera Costituzione, mentre nell'est è la volontà delle Corti di restare gli unici interlocutori di Strasburgo ad orientare l'attività. Tale volontà è conseguenza del ruolo che la CEDU assume nell'Europa centro-orientale, poiché qui la Convenzione di Roma gode di un favore sconosciuto all'ovest.⁵⁰⁵ Peraltro, tale analisi non può prescindere da un elemento relativo alle dinamiche interne ai governi dell'est, poiché l'ostilità di Parlamenti e Governi nei confronti delle Corti, induce queste a cercare legittimazione e, attraverso l'esaltazione del ruolo della CEDU, o meglio, attraverso l'innalzamento dei livelli di protezione dei diritti fondamentali, ciò poteva essere perseguito più velocemente. Ciò, peraltro, è in grado di chiarire, quantomeno in parte, l'atteggiamento di chiusura verso l'ordinamento comunitario, dal momento che il consenso è stato ricercato, altresì, attraverso la difesa del nucleo duro della Costituzione, dunque degli elementi caratterizzanti di quelle società.

In tal senso, le peculiarità dell'est emergono in maniera assai netta, poiché tali ordinamenti "ribaltano" i meccanismi di apertura tipici dell'ovest, "disconoscendo" il potenziale intrusivo del diritto dell'Unione Europea e dotandone, al contrario, il sistema CEDU, che, per sua natura e vocazione, non potrebbe avere il medesimo impatto del diritto comunitario.

Le tendenze finora emerse, tuttavia, devono necessariamente trovare riscontro nella disamina delle esperienze di quelli che appaiono gli ordinamenti più rappresentativi dell'esperienza dell'est d'Europa, la Polonia e la Repubblica Ceca. Da un lato, in effetti, ci troviamo di fronte ad un orientamento simile, per molti versi, a quello degli ordinamenti dell'ovest, tanto in termini di rapporto con l'Unione Europea, quanto nella giurisprudenza, atteso che anche nell'est Europa emerge la volontà di opporre taluni limiti al processo di integrazione; dall'altro, al contrario, emergono delle peculiarità di notevole interesse, tanto da rendere la Repubblica Ceca uno degli ordinamenti che, ad oggi, maggiormente attrae l'attenzione degli studiosi.

⁵⁰⁵ Cfr. O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad Est...*, cit., p. 328.

4. A metà strada tra est ed ovest. La Polonia tra diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea: un "dualismo silente"

Volgendo lo sguardo alle esperienze costituzionali concrete, emerge fin da subito un dato fondamentale, poiché l'ordinamento polacco, tra i Paesi *ex* comunisti è apparso quello che, in qualche misura, si colloca a metà strada tra est ed ovest, atteso che, anche durante il periodo totalitario, si è dimostrato uno degli Stati più attivi nella lotta per l'acquisizione dell'indipendenza nonché il primo ordinamento appartenente all'*ex* blocco sovietico a fare richiesta di adesione all'Unione Europea. Tuttavia, può collocarsi solo a metà strada poiché il Testo costituzionale polacco è espressione di quei valori tipici delle democrazie dell'est, essendo particolarmente marcata l'impronta sovranista⁵⁰⁶ e l'apertura esclusivamente verso il diritto internazionale. Di fatti, la disciplina costituzionale riguardante tale apertura è particolarmente dettagliata, basandosi, in primo luogo, sull'art. 91 della Costituzione, il quale diviene la clausola di apertura verso gli altri ordinamenti, stabilendo che "L'accordo internazionale ratificato, dopo la sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Polacca, costituisce parte del sistema giuridico statale ed è applicato direttamente, eccetto che la sua applicazione dipenda dall'emanazione di una legge esecutiva. L'accordo internazionale ratificato previa autorizzazione espressa con legge prevale sulla legge, qualora tale legge sia incompatibile con l'accordo. Il diritto, derivante da un accordo ratificato dalla Repubblica Polacca e costitutivo di un'organizzazione internazionale, è applicato direttamente e prevale sulle leggi interne in caso di conflittualità". Una disposizione, questa, che pochi dubbi lascia relativamente al valore riconosciuto al diritto internazionale dall'ordinamento polacco, dal momento che viene stabilita a chiare lettere la primazia sul diritto interno. Ad integrare (e confermare) tali disposizioni soccorre l'art. 87 della Costituzione⁵⁰⁷, secondo il quale sono fonti del diritto "la Costituzione, le leggi, gli accordi internazionali ratificati, i decreti". Il principio di gerarchia nella struttura del sistema delle fonti del diritto si manifesta con l'obbligo costituzionale a carico degli organi di rango inferiore di emettere atti giuridici che realizzino, dando attuazione, le norme di rango superiore⁵⁰⁸. Da ciò deriva, altresì, il riconoscimento della posizione di superiorità della Costituzione nel sistema delle fonti del

⁵⁰⁶ Ciò emerge già nei primi articoli della Costituzione: l'art. 8 Cost. stabilisce che "La Costituzione è legge suprema della Repubblica polacca", l'art. 9 Cost. prevede che "La Repubblica polacca osserva il diritto internazionale da cui è vincolata".

⁵⁰⁷ Il quale, non a caso, si colloca nella parte III della Costituzione, rubricata Fonti del diritto.

⁵⁰⁸ M. KRÓL, *Democracy in Poland*, in M. KALDOR, I. VEJVODE, *Democratization in Central and Eastern Europe*, cit., pp. 67 e ss.

diritto e la conseguente necessità di porre fine ad ogni meccanismo che possa minacciare tale sovranità. Di fatti – ed in questo emergono le continuità con l’ovest – anche quando la Polonia, sulla base di trattati internazionali, trasferisce a organizzazioni internazionali talune competenze, la Costituzione resta la legge suprema nella Repubblica. In altre parole, il trasferimento non determina la perdita della sovranità dello Stato relativamente alle competenze cedute, poiché essa non ha mai carattere assoluto e può essere revocata. Tuttavia, se tale revoca avvenisse, si configurerebbe la violazione di un trattato internazionale, con la conseguente esposizione dello Stato all’accusa di violazione del diritto internazionale e del dettato costituzionale. Emerge, dunque, un monismo “con riserve”, anche nell’ambito del diritto internazionale *tout court* e ciò appare maggiormente evidente allorquando si esamina la posizione costituzionale dei trattati all’interno della gerarchia delle fonti del diritto. In primo luogo, la Costituzione polacca, all’art. 87, comma 2, annovera tra le fonti del diritto vincolante generale unicamente i trattati internazionali ratificati⁵⁰⁹. Come si accennava, l’art. 91 Cost. accetta il principio per cui i trattati internazionali ratificati, successivamente alla loro pubblicazione, costituiscano parte dell’ordinamento giuridico polacco, divenendo direttamente applicabili, salvo nel caso in cui la loro applicazione dipenda dall’emanazione di una legge. Si ricorre, dunque, al metodo dell’adattamento, tipico dei sistemi dualisti, costituito dal recepimento della norma di diritto internazionale da parte della legge statale. Da ciò discende che la forza giuridica dei trattati è inferiore alla Costituzione, ma essi hanno la precedenza sulle leggi. Ciò comporta, inoltre, che il legislatore sia obbligato all’emanazione di leggi, qualora questo sia indispensabile al fine della realizzazione di tali trattati e sia da essi previsto⁵¹⁰.

Tuttavia, all’interno di tale quadro normativo, è il Tribunale costituzionale ad acquisire un ruolo fondamentale, poiché, sulla scia dell’ordinamento francese, sovente preso come punto di riferimento dagli ordinamenti dell’est Europa, ad esso è attribuito il compito di verificare *a priori* la costituzionalità dei Trattati internazionali⁵¹¹. In effetti, i trattati internazionali, indipendentemente dal fatto che siano ratificati o che la Polonia si sia

⁵⁰⁹ Nel caso dei trattati con cui la Polonia si è vincolata diversamente, dunque non attraverso la ratifica, questi non hanno carattere vincolante generale. Sono, infatti, promulgati con procedure diverse da quella dei trattati internazionali ratificati. Di contro, la Costituzione polacca individua due tipi di trattati vincolanti: i trattati ratificati sulla base di autorizzazione espressa per legge concessa con la procedura legislativa ordinaria (art. 89) ovvero straordinaria (art. 90) o, ancora, sulla base di un’autorizzazione espressa con *referendum* (art. 90); i trattati per la cui ratifica non serve l’ottenimento di tale autorizzazione (art. 89).

⁵¹⁰ Cfr. M. KRÓL, *Democracy in Poland*, in M. KALDOR, I. VEJVODE, *Democratization in Central and Eastern Europe*, cit., pp. 69 e ss.; Cfr. A. ALBI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge, cit., pp. 20 e ss.

⁵¹¹ La questione di costituzionalità *a priori* può essere sollevata esclusivamente dal Presidente della Repubblica.

ad essi vincolata in modo diverso dalla ratifica, possono essere sottoposti al controllo della loro conformità alla Costituzione. Successivamente a tale controllo, i trattati ratificati, da oggetto di costituzionalità, divengono parametro di costituzionalità, alla luce dei quali viene giudicata l'attinenza a Costituzione delle norme interne. Ciò, tuttavia, non accade per i trattati che non richiedono la ratifica, poiché essi non sono indicati dalla regola costituzionale che definisce il controllo del Tribunale Costituzionale. Accade, dunque, qualcosa di simile al trattamento interno della CEDU nell'ordinamento italiano, dal momento che i trattati possono divenire parametro solo se rispettano l'intera architettura costituzionale⁵¹². Il cerchio, però, non si chiude con i soli trattati ratificati, poiché l'art. 9 Cost. indica esplicitamente che la Polonia rispetta il diritto internazionale da cui è vincolata. Dalla circostanza per cui la Costituzione regola con precisione soltanto il rango dei trattati internazionali ratificati, non si può, tuttavia, ipotizzare che le altre fonti di diritto internazionale abbiano rilevanza inferiore della legge. In effetti, da una interpretazione sistematica dell'art. 9 Cost. si può supporre che il Costituente abbia voluto sottolineare la necessità per cui l'ordinamento polacco si conformi a tutto il diritto internazionale, riferendosi, in particolare, al diritto internazionale generalmente riconosciuto. Di conseguenza, bisogna riconoscere che l'art. 9 Cost. stabilisce l'obbligatorietà del diritto internazionale e la sua applicazione in ambito interno.

Dunque, un atteggiamento, in qualche misura, difensivista e più tipico dell'ovest rispetto agli ordinamenti dell'est, tuttavia la tendenza muta significativamente nel rapporto con l'ordinamento CEDU, poiché nei confronti di questo l'atteggiamento difensivo si trasforma in collaborazione, dal momento che tale sistema, nella visione polacca, si slega dal diritto internazionale *strictu sensu* per diventare diritto dei diritti umani, dunque, modello di riferimento. In effetti, la CEDU è stata ed è ancora percepita come un testo esterno del valore costituzionale, in grado di rafforzare la democrazia da poco acquisita⁵¹³. Ecco, quindi, che come le altre giovani democrazie sorte dalle ceneri del regime comunista, anche la Repubblica polacca si apre in maniera sorprendente al diritto CEDU, dando vita a delle vere e proprie collaborazioni con la Corte EDU, mettendo in luce un atteggiamento di "apertura alle ragioni di Strasburgo e non di pregiudiziale chiusura, di

⁵¹² Cfr. A. DI GREGORIO, *Giustizia costituzionale e diritto internazionale nei Paesi dell'Europa centro-orientale e balcanica*, in M. GANINO, G. VENTURINI (a cura di), *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, cit., pp. 308 e ss.

⁵¹³ Cfr. K. KOWALIK-BANČZYK, *Report on Poland*, in O. POLLICINO, G. MARTINICO (a cura di) *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, cit., 2010, p. 329.

‘tolleranza’ e non di ‘arroganza costituzionale’⁵¹⁴. La misura di tali affermazioni può aversi esaminando talune sentenze che hanno messo in luce la collaborazione tra le due Corti, che in entrambi i casi conducono alla modifica della legislazione interna polacca su “suggerimento” della Corte EDU. Il primo esempio è costituito dal caso *Broniowski v. Poland*⁵¹⁵, una sentenza pilota della Corte europea dei diritti, che ha indotto all’introduzione di una legislazione interna, concernente la tutela risarcitoria per i cittadini che, a seguito della modifica delle frontiere, avevano perduto beni mobili ed immobili⁵¹⁶, senza aver ottenuto alcun risarcimento da parte dello Stato⁵¹⁷. Successivamente a tale sentenza di condanna, la Polonia ha provveduto ad introdurre una forma di risarcimento per i soggetti che erano stati privati dei loro beni⁵¹⁸. La collaborazione appare evidente, peraltro, nella volontà di riaprire il giudicato a seguito di una sentenza di Strasburgo, messa in luce più volta dal Tribunale costituzionale, ma finora non accolta a causa di una legislazione interna che osta a tale meccanismo⁵¹⁹.

Altro esempio è quello costituito dalla vicenda *Hutten-Czapska*⁵²⁰, caratterizzata, ancora una volta, da una virtuosa collaborazione tra Corte EDU e Tribunale costituzionale polacco. La questione ha origine a causa di una normativa interna polacca risalente al 1994 e riguardante i canoni di locazione esigibili dai proprietari degli immobili. La norma prevedeva canoni talmente esigui da impedire ai proprietari di adempiere all’obbligo – peraltro previsto dalla stessa norma – di mantenere gli immobili in condizioni abitabili, condizione, quest’ultima, che aveva sensibilmente fatto calare il valore di mercato degli immobili. La norma era palesemente lesiva del diritto di proprietà, ma il Tribunale costituzionale, nella sua prima pronuncia in merito⁵²¹ si concentrava esclusivamente sul

⁵¹⁴ Cfr. O. POLLICINO, *Allargamento dell’Europa a Est e rapporti tra Corti Costituzionali e Corti Europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale?...*, cit., p. 237.

⁵¹⁵ Sentenza del 22 giugno 2004, *Broniowski contro la Polonia*, ric. 31443.

⁵¹⁶ Nella maggior parte dei casi divenuti di proprietà della Repubblica Ucraina, a causa della perdita di alcuni territori che precedentemente erano riconosciuti sotto la sovranità dello Stato polacco.

⁵¹⁷ Secondo la Corte EDU, chiamata a pronunciarsi in seguito al ricorso promosso da *Broniowski*, tale mancata tutela risarcitoria si poneva in contrasto con l’art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU, inducendo il legislatore polacco a legiferare sul tema nel 2005.

⁵¹⁸ Legge *Krzyżanowska-Mierzewska* 579/2008. Non si tratta, tuttavia, di un caso isolato, poiché diverse sentenze della Corte EDU hanno condotto alla modifica della legislazione interna, per esempio in materia penale, con il caso *Belziuk v. Polonia*, ric. 23103/93 che ha influenzato la stesura del nuovo codice di procedura penale.

⁵¹⁹ L’art. 399 del Codice di procedura civile prevede che una causa civile passata in giudicato può essere riaperta se le condizioni di cui all’art. 401 del Codice sono soddisfatte. Tale disposizione prevede che il procedimento può essere riaperto se il Tribunale Costituzionale ha rilevato che le disposizioni di legge sulla base delle quali è stata emanata la sentenza sono state dichiarate incostituzionali.

⁵²⁰ Corte EDU, sent. del 22 febbraio 2005, ric. 35014/97; sentt. *Grande Chabre* del 19 giugno 2006 e dell’8 aprile 2008.

⁵²¹ PL 11/98 [POL-2000-1-005].

limite posto dalla norma al suddetto diritto, ritenendo che esso determinasse una disparità sproporzionata tra proprietario e locatario, concedendo al legislatore un periodo di diciotto mesi per sanare la situazione. L'intervento legislativo non si faceva attendere, poiché già nel 2001 – l'anno successivo alla pronuncia – il Parlamento emanava una norma in materia di canone di locazione, portata immediatamente all'attenzione del Tribunale costituzionale, il quale non esitava ad ammonire, nuovamente, il legislatore per non aver tenuto in considerazione i suggerimenti da esso concessi nel 2000, risolvendo la questione con una nuova dichiarazione di incostituzionalità. La vicenda giungeva, dunque, all'attenzione della Corte EDU nel 2005, la quale, attraverso due distinte pronunce⁵²², non soltanto riprendeva testualmente le parole del Tribunale costituzionale polacco, ma perveniva ai medesimi risultati, dichiarando la norma polacca sui canoni di locazione in contrasto con l'art. 1 del Protocollo n. 1 CEDU relativo al diritto di proprietà. Tuttavia, già dopo la prima pronuncia di Strasburgo, il Tribunale polacco interveniva nuovamente sulla questione, ribadendo l'incapacità del legislatore di provvedere, malgrado i dettagliati suggerimenti⁵²³ e richiamando la giurisprudenza EDU al fine di mettere in evidenza l'incostituzionalità della norma. Le due Corti, dunque, riuscivano a coordinarsi talmente bene da richiamarsi a vicenda, costituendo l'una il riferimento per l'altra. Si è trattato, dunque, di una collaborazione dall'esito assai positivo, poiché nel 2007 il legislatore polacco è intervenuto ad introdurre una norma in grado di non creare delle nette discriminazioni tra proprietari e locatari, concedendo ai primi la possibilità di innalzare il canone. Sulla base di ciò, la Corte EDU chiudeva la vicenda *Hutten-Czapska* attraverso una sentenza in cui si riconosceva una risoluzione “amichevole” della questione⁵²⁴.

Tuttavia, l'impostazione accolta dal Tribunale costituzionale non sempre è stata fatta propria dagli altri giudici dell'ordinamento; ciò si può evincere in maniera inequivoca da taluni conflitti che sorgono con le supreme giurisdizioni civili e penali. Un caso emblematico è quello che, sul finire degli anni Novanta, ha visto contrapposti il Tribunale costituzionale e la Corte Suprema polacca, in ordine al ruolo del giudice ordinario nel caso in cui quest'ultimo non fosse stato in grado di sanare un contratto tra legge interna e CEDU in via interpretativa. I dubbi sorgevano dall'assai lacunoso dettato dell'art. 193 Cost., secondo il quale “Ciascuna Corte può sollevare al Tribunale Costituzionale una questione giuridica di conformità di un atto normativo alla Costituzione, agli accordi internazionali

⁵²² La prima del 2005 e la seconda risalente al 2008 ed emanata dalla *Grande Chambre*.

⁵²³ Sent. K 33/05.

⁵²⁴ Sent. del 28 aprile 2008 sul caso *Hutten-Czapska contro Polonia*, ric. 35014/97.

ratificati e alla legge, se dalla risposta alla questione medesima dipende la risoluzione del procedimento pendente presso la Corte”. Nella visione del Tribunale costituzionale, i giudici comuni sarebbero stati obbligati, *ex art. 193 Cost.*, a ricorrere dinanzi ad esso, al fine di risolvere la controversia, ma la Corte Suprema – come accaduto in Italia – riteneva che la risoluzione della questione fosse molto più semplice, avendo i giudici comuni il potere di disapplicare la normativa nazionale in favore di quella CEDU. Anche in questo caso ci troviamo di fronte ad una Corte costituzionale che evita in tutti i modi una marginalizzazione da Strasburgo, riconoscendo a se stessa il monopolio del giudizio di convenzionalità, dimostrando, tuttavia, una saggezza sconosciuta alla Corte italiana, atteso che il Tribunale polacco è stato in grado di ritornare sui suoi passi, riconoscendo che la tesi sostenuta dalla Corte Suprema fosse veritiera, visto il ruolo assunto dalla CEDU nella gerarchia delle fonti del diritto, lasciando, di fatto, via libera ai giudici ordinari nell’applicazione diretta della CEDU⁵²⁵.

L’apertura all’ordinamento CEDU si traduce, dunque, in una collaborazione con la Corte di Strasburgo, la quale, è evidente, non ha il medesimo atteggiamento con i Paesi dell’est e dell’ovest, essendo molto aperta ai primi e ciò non soltanto perché essi sono delle giovani democrazie, bisognose di una guida, ma, in particolare, perché essi prestano attenzione alla sua voce, dimostrandosi aperti e non arroganti, come taluni membri dell’ovest⁵²⁶. Al contrario, si registra una maggiore chiusura ad est nei confronti del diritto dell’Unione Europea e ciò, come più volte accennato, si traduce, sovente, nella mancanza di clausole europee in Costituzione e in un atteggiamento di minore apertura verso il giudice del Lussemburgo. La Polonia, in tal senso, pare rappresentare un caso particolarmente emblematico, considerando che nella fase pre-adesione il suo atteggiamento è particolarmente favorevole al processo di integrazione, per poi divenire sempre meno favorevole. Di fatti, in Polonia, vista l’aspirazione di divenire membri dell’Unione, il problema del diritto sovranazionale non è mai stata una questione meramente teorica, poiché, sin dalla metà degli anni Novanta, il diritto interno polacco è stato creato in vista della sua armonizzazione al diritto europeo sovranazionale. Ciò costituisce il risultato dell’impegno che la Polonia si è assunta con l’Accordo di Associazione⁵²⁷, secondo il quale la Polonia farà tutto il possibile al fine di assicurare la

⁵²⁵ Sent. K 7/01 [POL-2003-2-017].

⁵²⁶ Si pensi anche all’effetto “indiretto” delle pronunce della Corte EDU, proprio il Tribunale costituzionale polacco, nella sent. P 8/04 ha chiarito che le decisioni di Strasburgo devono essere tenuto in debito conto nella interpretazione di una norma, anche se la pronuncia è stata resa rispetto ad un altro Stato contraente.

⁵²⁷ Accordo del 16/12/1991, entrato in vigore il 1/2/1994.

conformità della propria legislazione con quella comunitaria, prevedendo un periodo decennale per la realizzazione degli accordi.

Malgrado tali dichiarazioni di intenti, è evidente che ancora oggi la Polonia non si è concentrata su un'analisi approfondita relativa alle eventuali modifiche della Costituzione dovute all'ingresso nell'UE. Di fatto, ancora oggi si dibatte sul ruolo del diritto comunitario, poiché, stando alla lettera dell'art. 91 Cost. – che, per forza di cose, è diventato la clausola europea – il diritto comunitario dovrebbe prevalere anche sulla Costituzione, e ciò, in particolare, al fine di evitare che sia proprio il Testo costituzionale l'elemento ostativo del processo di integrazione. Un fenomeno – questo – che ha indotto ad interpretazioni estensive della Costituzione nella fase precedente all'adesione, ma che, senza dubbio, perseguiva il mero fine di accelerare la fase dell'adesione, attraverso la ricerca di interpretazioni contorte in grado di motivare l'elusione di esplicite norme fondamentali⁵²⁸. In altre parole, nella fase che precede l'adesione, la Polonia tenta di armonizzare il proprio diritto e di trovare le basi costituzionali all'Unione attraverso un dettato costituzionale che avrebbe potuto essere sottoposto a revisione solo successivamente all'adesione. Tuttavia, ciò non è accaduto e le fragili basi su cui si basava il processo di integrazione in Polonia non soltanto restano tali, ma, sovente, vengono indebolite da una giurisprudenza avversa, che, peraltro, non si fa attendere, atteso che la prima pronuncia risale proprio al 2004⁵²⁹. Secondo taluni⁵³⁰, la matrice euroscettica della sentenza sarebbe rinvenibile nella volontà delle Corti dell'est di reagire al trattamento riservato loro dall'Unione Europea nella fase precedente all'adesione e, in effetti, leggendo la pronuncia *de qua* è difficile smentire tale tesi, poiché ci troviamo di fronte ad una situazione in cui il Tribunale pare (obbligato) a non rinvenire alcun conflitto tra il Trattato di Adesione e la Costituzione, ma coglie l'occasione per porre alcuni limiti al processo di integrazione. Nel dettaglio, il Tribunale veniva chiamato a decidere su tre differenti questioni, sollevate da alcuni gruppi del Parlamento polacco, secondo i quali la *primauté* incondizionata del diritto comunitario si poneva in aperto contrasto con l'articolo 8 comma 1 Cost., secondo il quale la fonte suprema dello Stato è unicamente la Costituzione; in secondo luogo, si portava all'attenzione del Tribunale il fatto che la cessione di competenze alla Corte di Giustizia ed al Consiglio dei Ministri dell'UE avrebbe

⁵²⁸ Cfr. B. BANASZAK, *La Costituzione polacca e il diritto dell'Unione europea*, in DPCE 3/04.

⁵²⁹ Sent. K 18/04.

⁵³⁰ Cfr. O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a Est e rapporti tra Corti Costituzionali e Corti Europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale?...*, cit., p. 290.

comportato una lesione dei poteri del Tribunale costituzionale e del Parlamento. Nonostante fossero state chiamate in causa le facoltà attribuite dalla Costituzione allo stesso Tribunale costituzionale, il Giudice delle leggi, cautamente, riteneva che non vi fosse alcuna lesione delle stesse, dovendosi fondare, il processo di integrazione comunitaria, sulla leale collaborazione, anche tra le Corti. Tuttavia, una peculiare ostilità emergeva nel *reasoning* del Tribunale, poiché questo non perdeva occasione per stabilire con decisione che “l’adesione della Polonia all’Unione Europea non ha minimamente intaccato la supremazia della Costituzione all’interno dell’intero ordinamento in cui si esprime la sovranità della Polonia”, esprimendo a chiare lettere che la sovranità dello Stato non soltanto non può essere intaccata in ragione di una cessione, pur sempre revocabile, di sovranità, ma che il fondamento di essa, la Costituzione, resta fonte primaria dello Stato. Tuttavia, ai nostri fini appare di particolare rilievo un altro passaggio della sentenza, quello in cui il Tribunale esamina e chiarisce il funzionamento della ‘clausola alla francese’ accolta nella Costituzione polacca, sottolineando che, proprio in virtù del suo potere di accertare la costituzionalità *ex ante* del trattato, è rimessa alla “nazione sovrana la scelta tra modificare la Costituzione, proporre una revisione della disciplina europea o decidere di recedere dall’Unione europea”. Nell’est d’Europa, dunque, quella clausola tanto dibattuta e, sovente, vista come un meccanismo meramente formale posto a presidio della Costituzione, dispiega effetti più dirompenti (o, più semplicemente, quelli reali), trasformandosi nel garante ultimo della cessione di sovranità, in un meccanismo costituzionale posto a difesa della Kompetenz- Kompetenz. Ciò ci fa ritenere che l’accettazione del modello francese non sia casuale; al contrario, ascrivibile alla volontà di proteggere il Testo costituzionale, avvalendosi da un lato, di una clausola posta a salvaguardia di questo e, dall’altro, innegabilmente, di un silenzio costituzionale in materia di ordinamento dell’Unione.

Il Tribunale costituzionale polacco, tuttavia, conosce bene il processo di integrazione, è cosciente della portata di tale fenomeno e lo dimostra allorquando, nella medesima sentenza, sostiene che “il processo di integrazione comunitaria ha creato una nuova situazione in cui ciascun Stato membro, pur conservando la sua autonomia, è destinato a coesistere ed operare simultaneamente agli altri Stati ed alle istituzioni europee. È probabile che le categorie tradizionali di monismo e dualismo non riescano a descrivere appieno tale interdipendenza”. Eppure, nonostante tale attenta definizione, il Giudice delle leggi ritiene di avere l’obbligo di salvaguardare la Costituzione da eventuali attacchi provenienti da un diritto sovranazionale che non può più inquadarsi nelle categorie

classiche. Che si tratti di una rivisitazione più o meno *soft* della dottrina dei controlimiti o che sia ascrivibile alla volontà di reagire al trattamento riservato alla Polonia nella fase pre-adesione è difficile dirlo⁵³¹. Invero, appaiono veritiere entrambe le tesi, atteso che la Polonia è realmente legata alla propria sovranità e che, al contempo, si è sentita trattata in maniera troppo differente nella fase degli accordi di adesione, essendo stata guardata con sospetto dai Paesi dell'ovest che, per la prima volta, stavano aprendo le porte dell'Europa ad un ordinamento sorto dalle ceneri dell'URSS. In effetti, poco tempo dopo la sentenza K 18/04, il Tribunale torna ad esaminare i rapporti con l'ordinamento comunitario⁵³², facendo i conti – questa volta – con taluni principi cardine del diritto dell'Unione, quello dell'effetto utile e della primazia. Si tratta di una decisione di particolare rilievo, poiché un tribunale amministrativo, ravvisando un palese contrasto tra una norma interna ed una disposizione del TCE (oggi TFUE), non aveva optato per la strada del rinvio pregiudiziale, preferendo rivolgersi alla Corte costituzionale interna. Il Tribunale costituzionale polacco, tuttavia, coglieva l'occasione per ammonire i giudici di grado inferiore, sostenendo che “la decisione circa la possibilità che una norma interna sia in conflitto con il diritto comunitario spetta alle Corti supreme, oltre che ai giudici amministrativi ed ai giudici comuni, mentre soltanto la Corte di giustizia è competente, tramite la procedura del rinvio pregiudiziale, a interpretare il significato di una normativa comunitaria”. Proseguendo nel suo *reasoning*, il Tribunale si spinge fino al richiamo della sentenza *Kobler*⁵³³, con il solo scopo di dimostrare come la cooperazione tra le Corti e, dunque, il principio di leale collaborazione, siano alla base dell'azione comunitaria e ciò, quindi, deve orientare

⁵³¹ Il ragionamento della Corte di Varsavia, in effetti, si articola su cinque punti principali: in primo luogo, il Giudice delle leggi tenta di rispondere al quesito relativo alla prevalenza del diritto dell'Unione in caso di contrasto con il diritto costituzionale interno, sostenendo che in caso di antinomia sarebbe il diritto interno di rango costituzionale a prevalere (par. 1); nel secondo punto, la Corte ha notato che l'Unione Europea ha solo competenze di attribuzione e, in base all'art. 90 Cost., la Polonia non delegare ad istituzioni internazionali talune competenze statali. Sulla base delle prime due affermazioni, la Corte polacca fonda le rimanenti argomentazioni, chiarendo che in nessun caso l'Unione può assumere decisioni contrarie alla Costituzione polacca, poiché ciò è impedito a chiare lettere dagli artt. 8 e 91 Cost., secondo i quali il Testo costituzionale è la norma fondamentale del Paese e le norme discendenti da accordi internazionali prevalgono su quelle interne solo se ciò è stato accettato dalla Polonia. Peraltro, ricorda la Corte (par. 9) è proprio la Costituzione a creare il fondamento per il riconoscimento del diritto dell'Unione, per cui non potrebbe sicuramente soccombere di fronte ad esso, che rappresenta soglia minima ed insuperabile, capace di prevalere in qualsiasi caso di contrasto (par. 14). Sul caso in esame, in particolare, S. CASSESE, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un ordine globale*, Roma, 2009, p. 53 e ss.; A. CELOTTO, T. GROPPi, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6/2004, p. 1309 e ss.; A. ALBI, *Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of “Co-operative Constitutionalism”*, in *European Constitutional Law Review*, 3/2007, pp. 25-67; G. MARTINICO, *Il dialogo fra le Corti nell'arena del Gattopardo: l'Europa fra novità costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, in S. STAIANO (a cura di), *Atti del Convegno annuale del “Gruppo di Pisa”*, Capri, 3-4 giugno 2005, Torino, 2005, pp. 891-931.

⁵³² Sent. P 37/05.

⁵³³ Corte di Giustizia 30 settembre 2003, C-224/01.

l'attività dei giudici interni che devono, per forza di cose, imparare a superare i confini statali ed a misurarsi con il diritto dell'Unione.

Ancora una volta, tuttavia, il Tribunale polacco si trova a compiere un passo indietro rispetto a tali affermazioni; lo fa – nel caso di specie – quando è chiamato a pronunciarsi sul mandato d'arresto europeo⁵³⁴. La Corte di Varsavia si schierava contro tale decisione quadro, ritenendo che il mandato d'arresto non fosse altro che una estradizione del cittadino polacco, pertanto palesemente vietata dall'art. 55 Cost. e, anche nel caso di interpretazione “comunitariamente” orientata, la Polonia, secondo il dettato costituzionale, avrebbe avuto l'obbligo di garantire al proprio connazionale la possibilità di essere giudicato da una giurisdizione nazionale. Un passo indietro, forse, ma, più esattamente, la volontà di salvaguardare una di quelle parti definite intangibili del Testo costituzionale; ma la Corte, tuttavia, poco poteva argomentare relativamente all'art. 55 Cost. sul divieto di estradizione, dal momento che l'art. 9 Cost. obbliga l'ordinamento polacco a rispettare il diritto internazionale vincolante ed è una clausola fondamentale almeno quanto l'art. 55 Cost. Ecco, dunque, che la Corte di Varsavia si trovava a bilanciare due valori altrettanto fondamentali, sacrificando, sull'altare del diritto dell'Unione, il divieto di estradizione del cittadino polacco, ma facendolo con coscienza, ovvero convinta del fatto che, in qualsiasi caso, sarebbe stato consegnato ad una autorità in grado di garantire i suoi diritti quanto la Costituzione polacca. Invitava, dunque, il legislatore nazionale a conformare la normativa interna alla decisione quadro, concedendogli un tempo massimo di diciotto mesi⁵³⁵.

Il “momento” più interessante di confronto tra il Tribunale di Varsavia e l'ordinamento dell'Unione, tuttavia, si ha con la sentenza K 32/09 del 24 dicembre 2010, allorquando viene dichiarata la legittimità costituzionale del Trattato di Lisbona, già ratificato nel 2009, ma specificando e riprendendo la dottrina dei controlimiti. In effetti, in questa fase il Tribunale costituzionale sottolinea che il nucleo essenziale della sovranità è incomprimibile, anche perché essa costituisce la base per l'esercizio dei poteri dell'Unione Europea. La pronuncia in questione viene resa a seguito di un ricorso presentato da un gruppo di deputati ed un gruppo di senatori dinanzi al Tribunale costituzionale per sospetta

⁵³⁴ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. Un ottimo commento è quello di S. SILEONI, *La Corte costituzionale polacca, il mandato d'arresto europeo e la sentenza sul Trattato di Adesione all'UE*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2005.

⁵³⁵ La Polonia acconsente al mandato d'arresto europeo dal 7 novembre 2006 in seguito ad un intervento legislativo.

incostituzionalità di talune disposizioni del Trattato di Lisbona⁵³⁶. Le questioni rivolte al Tribunale di Varsavia riguardavano, dunque, tale incompatibilità e, nell'eventualità, lo strumento per superarle. Secondo i ricorrenti, in effetti, le modifiche apportate a Lisbona avrebbero determinato una palese incompatibilità tra il dettato costituzionale ed il diritto comunitario primario; per cui, le argomentazioni dei ricorrenti⁵³⁷ si basano, in particolare, sul procedimento decisionale dell'Unione Europea e sulle competenze che essa potrebbe acquisire progressivamente, in virtù di talune disposizioni del Trattato di Lisbona⁵³⁸. Dunque, il punto centrale della pronuncia è quello relativo al procedimento decisionale dell'Unione ed alla acquisizione di nuove competenze. In effetti, secondo i ricorrenti il progressivo passaggio dalla modalità di decisione all'unanimità a quella della maggioranza – con la conseguente perdita del diritto di veto da parte degli Stati membri – avrebbe potuto determinare l'eventualità del configurarsi del potere di costringere taluni Stati membri a subire l'introduzione di una norma che, per quanto funzionale all'Unione, avrebbe potuto porsi in contrasto con le costituzioni nazionali. In altre parole, secondo i ricorrenti, le modifiche operate a Lisbona avrebbero concesso una sorta di delega in bianco all'Unione, essendo scomparso il meccanismo del voto all'unanimità, il che violerebbe il principio di sovranità nazionale, quello democratico, ma, in particolare, gli artt. 8 e 90 della Costituzione, in tema di gerarchia tra fonti del diritto e ratifica dei trattati internazionali.

Ciò che ad una prima lettura della sentenza può apparire incoerente è l'asserita lesione, da parte dell'art. 352 TFUE, del dettato costituzionale, poiché esso nulla dice di più rispetto alla "dottrina dei poteri impliciti", sulla base della quale, negli anni, l'Unione si è basata per accrescere le proprie competenze. Una dottrina contenuta, senza dubbio, nei trattati che precedono Lisbona, ma solo oggi vista come una potenziale minaccia alla Costituzione. Solo un'analisi più attenta mette in luce che i senatori polacchi non lamentano l'illegittimità di quella disposizione, ma, piuttosto, di un combinato disposto. In effetti, la disposizione in esame, letta alla luce di un trattato che modifica il procedimento decisionale, diviene foriera di talune problematiche finora sopite, pur non considerandosi,

⁵³⁶ Ciò è consentito in virtù degli artt. 188 e 191 della Costituzione polacca.

⁵³⁷ Invero, vengono esaminate solo quelle presentate dai Senatori, perché il ricorso dei Deputati viene dichiarato inammissibile.

⁵³⁸ In particolare, le disposizioni impugnate sono l'art. 48 TUE relativo alle regole di revisione dei trattati UE, l'art. 2 TFUE sull'esercizio delle competenze concorrenti, l'art. 3.2 TFUE sulla possibilità per l'Unione di concludere accordi, l'art. 7 TFUE, secondo il quale l'Unione assicura la coerenza delle proprie politiche con le competenze di cui è titolare, l'art. 352 TFUE, secondo il quale, al fine di attuare gli obiettivi del Trattato, il Consiglio, previa delibera all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, può porre in essere gli atti opportuni, anche se ciò va oltre le competenze dell'Unione.

nel ricorso presentato, che la regola dell'unanimità in una Europa a ventisette non può più (e non deve) essere il metodo.

Secondo il Tribunale polacco, la questione centrale riguarda le competenze dell'Unione, in particolare sotto il profilo del procedimento decisionale e di revisione dei trattati, mettendo in luce che già la sua giurisprudenza precedente a tale pronuncia aveva affrontato la questione⁵³⁹. Tuttavia, il Tribunale di Varsavia coglie l'occasione per "dialogare" con l'Unione Europea o, meglio, per rendere noto ad essa che l'erosione della *kompetenz-kompetenz* non soltanto è inammissibile, ma, se ciò si verificasse, il fondamento dell'Unione verrebbe meno. In effetti, se l'integrazione si basa sulla cessione di sovranità, pur restando in capo agli stati il potere di decidere quali competenze cedere, l'erosione progressiva di tale elemento farebbe venir meno la colonna portante dell'Unione. La Corte di Varsavia, in effetti, parte proprio da tale concetto. Nel tentativo (ben riuscito) di smentire quanto affermato dai Senatori, sostiene che la sovranità è un concetto *in fieri* ancora oggi; essa è mutata nel corso degli anni a causa dei cambiamenti politici ed istituzionali, come il passaggio dalle monarchie alle repubbliche, il progressivo abbandono dell'autarchia anche a livello di tutela dei diritti, con l'adesione alle Carte internazionali, ma, altresì, con l'adesione all'Unione, la globalizzazione, l'internazionalizzazione del diritto: tutti elementi che hanno visto mutare il concetto di sovranità. È proprio in questo passaggio del *reasoning* che la Corte di Varsavia dimostra una "maturità europea" peculiare, atteso che mette in luce un passaggio interessante, sostenendo che l'adesione all'UE non costituisce affatto una riduzione della sovranità, ma, piuttosto, una sua trasformazione alla luce dei tempi attuali, che, tuttavia, rende sempre e comunque necessario il rispetto delle identità nazionali. Il controlimite fondamentale è individuato dal Tribunale costituzionale nella cessione di talune materie, la cui titolarità deve restare in capo allo Stato nazionale, giacché denota l'esistenza della sovranità, vista come cardine stesso della nazione⁵⁴⁰. Nelle parole del Tribunale di Varsavia, l'art. 90 Cost., che, secondo i ricorrenti, appariva lesa dal Trattato di Lisbona, persegue il fine di preservare l'identità nazionale polacca, proteggendola da ingerenze esterne. Per cui, secondo la Corte, è da respingere l'idea secondo la quale la portata dell'articolo *de qua* si sarebbe esaurita nell'approvazione del Trattato di Lisbona, visto come una "strada aperta" verso successive

⁵³⁹ La Corte, in effetti, richiama taluni suoi precedenti, in particolare la sent K 18/2004 sul Trattato di Adesione, la K 11/2003 sulla sovranità contrapposta al processo di integrazione e, infine, le sentt. K31/2006 e 54/2005 relative alla stessa tematica.

⁵⁴⁰ La Corte individua, peraltro, un catalogo di tali materie, ritenendo che fra esse vi sono, senza dubbio, l'interpretazione dei principi fondamentali o dei diritti sanciti dalla Costituzione, il principio di statualità, quello democratico, quello di legalità, il potere di revisionare il Testo costituzionale.

cessioni di sovranità nei confronti dell'Unione. Secondo il Tribunale costituzionale, tale affermazione non corrisponde al vero, dal momento che la cessione di nuove competenze necessiterebbe della revisione della normativa primaria con il conseguente rispetto della disciplina nazionale. In effetti, se una revisione dei trattati obbligasse la Polonia a cedere competenze contro i dettami della Costituzione, potrebbero configurarsi tre ipotesi: la revisione del Testo costituzionale; la modifica della disciplina comunitaria in oggetto; il recesso dall'Unione. Tuttavia, fintantoché l'Unione non andrà contro l'art. 90 Cost., ovvero non intaccherà la *Kompetenz-Kompetenz*, non sorgerà alcun problema di costituzionalità; mettendo in chiaro, peraltro, che l'art. 90 Cost. non richiede affatto il principio dell'unanimità, ma chiede che la cessione di competenze avvenga nel rispetto del principio della sovranità.

Ciò detto, il Tribunale di Varsavia sottolinea che, al contrario delle argomentazioni dei ricorrenti, il Trattato di Lisbona ha introdotto nuovi meccanismi finalizzati ad ampliare il coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nel processo decisionale. Relativamente all'art. 352 TFUE, tuttavia, la Corte di Varsavia è molto cauta, poiché ammette che l'eventualità ipotizzata dai ricorrenti possa concretizzarsi, ma ricorda che ciò andrebbe contro il dettato della Dichiarazione n. 42, secondo la quale l'articolo in questione non può essere usato per ampliare le competenze dell'Unione.

Tuttavia, successivamente a tali argomentazioni, esposte in maniera chiara e concisa dalla Corte, emerge un chiaro elemento di debolezza, che risiede nel richiamo alla giurisprudenza di altre Corti costituzionali europee. È come se il Tribunale di Varsavia cercasse un saldo ancoraggio nelle omologhe d'Europa per "giustificare" la sua decisione, palesando, però, la debolezza che continua a caratterizzare una Corte estremamente attenta al processo di integrazione. Le pronunce richiamate⁵⁴¹ hanno in comune il carattere aperto verso l'ordinamento dell'Unione ed uno spirito collaborativo; ma, secondo la Corte polacca, tale spirito incontra un limite o, meglio, un bilanciamento nei principi di sovranità ed identità costituzionale, i quali appaiono elementi vitali tanto per gli ordinamenti nazionali, quanto per quello comunitario, il quale, per funzionare, necessita delle competenze ad esso concesse. Secondo la Corte di Varsavia, dunque, il Trattato di Lisbona dovrà essere interpretato in modo da rispettare la sovranità e l'identità costituzionale degli Stati membri, come, peraltro, è oramai sancito dall'art. 4 TUE.

⁵⁴¹ In particolare, quella francese n. 2007-560-DC, quella tedesca 2BvE 2/2008 e, dello stesso Tribunale, la sentenza successiva al caso Mangold, 2661/06, secondo la quale le pronunce della Corte di Giustizia possono essere disattese solo quando determinano una violazione di sovranità ed identità nazionale, quella della Repubblica Ceca Pl. ÚS 19/08.

Nel complesso, sembra emergere una dicotomia netta entro la norma UE ed i principi costituzionali supremi, che potrebbe risolversi con il recesso dall'Unione. In altre parole, ancora una volta il rapporto tra Unione Europea e Stati membri si traduce in un delicato equilibrio tra *primauté* e controlimiti, ovvero tra due punti di vista apparentemente inconciliabili, ma che possono divenire preziosi strumenti di dialogo.

Una pronuncia, senza dubbio, non favorevole al processo di integrazione, ma capace di conciliare due esigenze, quella dell'Unione di integrare e quella degli Stati, di restare identità costituzionali autonome. Il dato che appare maggiormente negativo è proprio il richiamo alla giurisprudenza delle altre Corti, poiché, se da un lato, mette in luce che in Europa il dialogo, anche orizzontale, è strumento fondamentale, dall'altro palesa un'incertezza tipica delle Corti dell'est davanti al fenomeno comunitario. Tuttavia, è inopportuno, quanto superficiale, rinnegare, o far finta di non vedere, con quanta maturità si parli, a Varsavia, di una evoluzione del concetto di sovranità e di come l'Unione non lo eroda affatto, ma, piuttosto, lo realizzi, nell'incessante ricerca del rispetto delle identità nazionali.

Un atteggiamento, quello del Tribunale di Varsavia, che oscilla tra due opposti, tra la chiusura netta e l'apertura marcata, tra i controlimiti e la dottrina *Kobler*, confondendo le carte, forse, ma, più probabilmente, mettendo in luce di essere un attento conoscitore del fenomeno comunitario, al quale sa che deve porre un freno, individuato nel baluardo ultimo della sovranità – i controlimiti –; ma sa altrettanto bene che partecipare all'integrazione significa cooperare. Ed allora si ritrae quando sente minacciata la propria sovranità, quando sa che deve salvaguardare gli elementi costitutivi del costituzionalismo polacco⁵⁴², ma si apre quando entrano in campo le regole fondamentali del gioco, dimostrando non soltanto di conoscerle ed averle accettate, ma di essere in grado di spiegarle ai giudici interni.

⁵⁴² È tale necessità di salvaguardare l'identità costituzionale interna che induce la Polonia ad opporre un *opting-out* alla Carta di Nizza. Ciò, in effetti, potrebbe apparire singolare per un ordinamento fortemente orientato all'innalzamento dei livelli di tutela dei diritti e, peraltro, nei confronti di una Carta che null'altro dice se non che è la norma più garantista a dover prevalere in ogni singolo caso. Eppure, la Polonia, preoccupata da talune previsioni, come quelle relative al diritto di famiglia, decide di privare i propri cittadini di uno strumento ulteriore di tutela, al fine di salvaguardare l'identità costituzionale dello Stato. Sul punto, in particolare C. BARNARD, *The 'Opt-Out' for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?*, in www.law.cam.ac.uk/faculty.../10007309.pdf.

5. La Repubblica Ceca tra straordinarie aperture al diritto internazionale e controlimiti marcati al processo di integrazione: un punto di vista emblematico nell'est d'Europa

Nel panorama costituzionale dell'Europa centro-orientale il caso della Repubblica ceca pare divenire un *unicum*, stante la sua peculiare capacità di aprirsi all'ordinamento internazionale, con particolare riguardo alla CEDU, e di chiudersi dinanzi all'inarrestabile processo di integrazione europea. Di fatti, se per la Polonia i meccanismi di apertura sembravano, in qualche misura, trovare un bilanciamento nell'autorevole voce del Tribunale di Varsavia, per ciò che attiene alla Repubblica ceca si registra una brusca inversione di marcia, dovuta ad un *favor* singolare nei confronti dell'ordinamento internazionale, cui corrisponde un altrettanto singolare atteggiamento difensivo nei confronti del diritto sovranazionale.

Partendo, come di consueto, dal dato costituzionale, quel che emerge, anche ad una sommaria lettura, è la volontà di lasciare libero ingresso al diritto proveniente dall'ordinamento internazionale. Tuttavia, tale portato normativo ha subito delle modificazioni nel 2001, mettendo in luce, attraverso delle singolari dinamiche giurisprudenziali, l'attitudine della Repubblica ceca ad aprirsi verso l'esterno, poiché, se da un lato, il legislatore di riforma aveva inteso equiparare i trattati internazionali dei diritti umani a tutti gli altri accordi conclusi dalla Repubblica, la Corte di Brno ha seguito un percorso tale da riportare il dato costituzionale *post-2001* al medesimo tenore della precedente formulazione. La vicenda ha origine con la revisione costituzionale dell'art. 10 Cost., la clausola di apertura del Testo ceco, la quale, nella versione che precede la riforma, prevedeva che "I trattati internazionali in tema di diritti umani sono immediatamente vincolanti e superiori alla legge ordinaria". *Expressis verbis* la Costituzione distingueva tali accordi da ogni altro trattato internazionale, prevedendo, all'art. 87 Cost. che i trattati internazionali sui diritti umani potessero divenire parametro diretto di costituzionalità. Era proprio tale elemento, secondo il legislatore di riforma, a dover subire delle modifiche, poiché in grado di concedere un margine di manovra fin troppo ampio alla Corte costituzionale, con il risultato di un numero consistente di norme interne dichiarate incostituzionali per violazione della CEDU. La riforma del 2001 perseguiva, dunque, tale obiettivo – quello di equiparare i trattati sui diritti umani agli altri accordi internazionali – attraverso la riformulazione, in particolare, degli artt. 10 e 87 Cost., scongiurando, al contempo, il rischio di una maggiore chiusura verso l'ordinamento internazionale, ma

concedendo alla Corte costituzionale il controllo *ex ante* dei Trattati, sul modello francese. Di fatti, secondo la riformulazione dell'art. 10 Cost. "I trattati internazionali promulgati, ratificati con l'assenso del parlamento ed ai quali la Repubblica ceca è vincolata, sono parte dell'ordinamento giuridico; se un trattato internazionale stabilisce diversamente rispetto alla legge, si applica il trattato internazionale", il quale deve leggersi in combinato disposto con l'art. 95 Cost., a norma del quale "Nel decidere il giudice è vincolato alla legge ed al trattato internazionale che è parte dell'ordinamento giuridico; egli può decidere della conformità di un altro atto giuridico alla legge o a tale trattato internazionale". Si tratta, dunque, di una disposizione costituzionale particolarmente sensibile alle dinamiche internazionali, ma che lascia da parte il diritto internazionale dei diritti umani, paragonandolo ai meri vincoli discendenti dai trattati, lasciando che siano i giudici comuni a detenere lo strumento del controllo di convenzionalità⁵⁴³. Inevitabilmente, ciò comporta un declassamento del rango riconosciuto ai trattati sui diritti umani, ai quali non viene riconosciuta che una mera priorità applicativa, a fronte della superiorità gerarchica precedente alla revisione⁵⁴⁴. In altre parole, la riforma del 2001 attribuisce ai trattati una priorità applicativa, ma, in virtù del criterio di competenza, il trattato si applica in un caso di specie, non mettendo affatto in discussione la validità della norma sulla quale prevale, poiché essa resta nell'ordinamento, potendo venire in rilievo in qualsiasi altra controversia.

La Corte di Brno non poteva, dunque, accettare tale equiparazione, poiché ben cosciente del ruolo incredibilmente differente che la CEDU gioca in ambito nazionale, atteso che se il dato costituzionale "sembra attribuire alle norme pattizie una funzione essenziale nella valutazione della legislazione interna"⁵⁴⁵, la Convenzione di Roma tendeva ad assumere un ruolo preminente nell'ambito di tale valutazione. Con una capacità creativa straordinaria e, senza dubbio, "forzando" il tenore letterale della Costituzione, la Corte ceca disconosce (o, meglio, rinnega) la revisione del 2001 attraverso una pronuncia tanto singolare quanto contestata dalla dottrina⁵⁴⁶. Attraverso tale sentenza, in effetti, i giudici cechi non si sono limitati a riportare la CEDU e, in generale tutti i trattati sui diritti umani,

⁵⁴³ Di fatto, veniva operato un controllo che potremmo definire alla francese, poiché della CEDU si faceva applicazione diretta in caso di contrasto con la normativa interna, abbandonando il modello all'italiana, tanto caro alla Corte ceca.

⁵⁴⁴ Cfr. O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a Est e rapporti tra Corti Costituzionali e Corti Europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale?*..., cit., p. 216.

⁵⁴⁵ L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, cit., p. 252.

⁵⁴⁶ Si tratta della sent. Pl. 36/01 del 26 giugno 2002. Per l'analisi della pronuncia, in particolare M. BOBEK, D. KOSAŘ, *Report on the Czech Republic and Slovakia*, in O. POLLICINO, G. MARTINICO (a cura di) *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningem, 2010, pp. 117 e ss.

ad un rango sovra-legislativo, ma hanno riconosciuto loro uno *status* pari-ordinato alla Costituzione, elemento – quest’ultimo – mai affermato in nessuna delle pronunce precedenti alla revisione. In altre parole, la Corte di Brno ha talmente “forzato” la disposizione costituzionale da attribuire un rango nuovo ai trattati sui diritti umani, che mai era stato loro riconosciuto, dimostrando di saper cogliere il momento migliore per esporre ciò che ha sempre ritenuto necessario per l’ordinamento ceco, lasciare che la CEDU e la Costituzione si ponessero sullo stesso piano, confrontandosi (meglio, integrandosi) a vicenda. Tuttavia, è la lettura della sentenza *de qua* ad esprimere magistralmente lo scopo che la Corte di Brno intendeva perseguire, attraverso un *reasoning* basato su tre principali argomentazioni, ognuna delle quali in grado di “vestire” di costituzionalità dei ragionamenti tendenti a leggere in maniera particolarmente (ed efficacemente) estensiva il novellato dettato costituzionale. In prima battuta, la Corte ceca, chiarendo abilmente per quale ragione dovesse interpretarsi come da essa indicato il novellato testo costituzionale, afferma che “nessuna modifica della Costituzione va interpretata nel senso di provocare la limitazione del livello procedurale di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali”, ovvero ciò che si verificherebbe nel caso in cui le norme costituzionali fossero interpretate in maniera letterale, vale a dire impedendo al singolo di rivolgersi alla Corte per invocare la violazione di un diritto ad esso riconosciuto da una convenzione internazionale in materia di diritti umani. È la seconda argomentazione, tuttavia, che mette in luce la forza attraverso la quale la Corte ceca difende la sua posizione, poiché essa chiarisce che, stando ad una interpretazione letterale del dettato costituzionale, si creerebbe una disparità illogica, dal momento che, nel caso di conflitto tra norma interna e Costituzione, il giudice è obbligato a sospendere il processo, sollevando l’eccezione di incostituzionalità. Al contrario, se quella stessa norma fosse in contrasto con una disposizione convenzionale, tale meccanismo non potrebbe essere applicato, malgrado le disposizioni pattizie in materia di diritti umani debbano intendersi come collocate sul medesimo livello gerarchico della Costituzione. Ebbene, la Corte ci dice qualcosa di nuovo in questa circostanza, qualche cosa che riteneva sottesa al dettato costituzionale precedente alla riforma, ma che, in seguito a questa, ritiene necessario esplicitare con degli inequivocabili (quanto forzati) chiarimenti. Finalmente – e questa è la terza argomentazione, indubbiamente la più oggettiva – la Corte di Brno ricorda, tanto al legislatore di riforma, quanto alla dottrina, che se la novella costituzionale venisse interpretata nel senso di diminuire la forza giuridica dei trattati internazionali, essa, semplicemente, si sarebbe posta in contrasto con l’art. 1,

comma 2, della Costituzione, a norma del quale “La Repubblica ceca rispetta gli obblighi che per essa discendono dal diritto internazionale”.

La Corte, dunque, non faceva altro che riconoscere ciò che, secondo la sua autorevole opinione, era già implicito dall’art. 10 Cost. precedente alla revisione, ossia la “vernice” costituzionale della CEDU nella Repubblica ceca⁵⁴⁷. Tuttavia, è impossibile non scorgere un ulteriore particolare, caratterizzante nella pronuncia *de qua*, poiché la Corte ceca – come sottolineato dalla dottrina⁵⁴⁸ – persegue il fine di evitare la diffusione del controllo di convenzionalità, rifiutando il modello francese al fine di continuare ad avere un dialogo diretto (e proficuo) con la Corte EDU. In effetti, se avesse lasciato tale strumento nelle mani dei giudici ordinari, l’armoniosa intesa con Strasburgo sarebbe venuta meno, atteso che i giudici ordinari sono poco avvezzi agli strumenti internazionali e prediligono il diritto interno⁵⁴⁹.

Una marcata impronta internazionalista, dunque, quella della Costituzione ceca a cui corrisponde una peculiare tendenza della Corte ad aprire, attraverso la giurisprudenza, in maniera viepiù crescente l’ordinamento cui si pone a presidio verso le dinamiche del diritto internazionale dei diritti umani, ben cosciente del ruolo rilevante che esso ha svolto nella fase di transizione e del consolidamento democratico. Tuttavia, a tale incontro virtuoso tra Costituzione e diritto internazionale corrisponde un duro scontro con il diritto sovranazionale dell’Unione Europea. In tal senso, il punto di vista della Repubblica Ceca è emblematico, poiché, al contrario della Polonia, essa non lascia margini di apertura, non si rivolge all’Unione seguendo la “logica *Solange*”, ma si chiude, limitando l’attività comunitaria al minimo. Tuttavia, la Corte di Brno non è stata sempre del medesimo avviso, atteso che, prima dell’ingresso nell’Unione, rispondendo a logiche evidentemente

⁵⁴⁷ Si ricordi, peraltro, che tale sentenza è stata resa operativa in una decisione relativa alla materia della estradizione: sent. ÚS 752/02, nella quale si richiama la pronuncia Pl. 36/01. Tuttavia, la conferma di tale giurisprudenza è maggiormente evidente nella sent. 12/08, poiché è attraverso tale pronuncia che la Corte si difende strenuamente dalle critiche sollevate dalla dottrina ceca avverso la precedente pronuncia, smentendo le voci di chi aveva sostenuto che la *ratio* della decisione fosse rinvenibile nella mera volontà della Corte di Brno di non essere esclusa dal dialogo con Strasburgo.

⁵⁴⁸ Si tratta della sent. Pl. 36/01 del 26 giugno 2002. Per l’analisi della pronuncia, in particolare M. BOBEK, D. KOSAŘ, *Report on the Czech Republic and Slovakia*, in O. POLLICINO, G. MARTINICO (a cura di) *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, cit., pp. 117 e ss.

⁵⁴⁹ Si ricorderà che l’esempio diametralmente opposto è costituito dall’Italia, dalle sentenze “gemelle” del 2007, con le quali la Corte costituzionale nega ai giudici ordinari la possibilità di fare applicazione diretta della CEDU in caso di antinomie con norme interne, ma persegue l’obiettivo “abbassando” lo *status* della Convenzione, chiarendo che essa è obbligata a rispettare l’intera architettura costituzionale italiana, negando, per ciò stesso, la possibilità di un sindacato diffuso di convenzionalità. La Corte ceca persegue il medesimo obiettivo, ma lo fa innalzando il valore della Convenzione di Roma, ovvero sostenendo che essa ha rango pari-ordinato alla Costituzione, per cui il monopolio del giudizio di convenzionalità deve restare prerogativa esclusiva del Giudice delle leggi.

opportunistiche, si era spinta fino ad affermare che il diritto UE non può essere considerato “diritto straniero in quanto ha una capacità di incidenza assai elevata sulla giurisprudenza costituzionale”⁵⁵⁰. Eppure, in quel momento la Corte non era vincolata all’Unione, per cui tali affermazioni non erano altro che una dichiarazione di intenti, disattesi nella fase successiva all’adesione. Tuttavia, il meccanismo di apertura della Repubblica Ceca al diritto dell’Unione è quanto meno singolare, atteso che prende le mosse da un livello di consenso pressoché incondizionato, per giungere ad un livello di chiusura sconosciuto tanto ad est, quanto ad ovest d’Europa. Una inconsueta parabola discendente che prende le mosse da una sentenza del 2006⁵⁵¹ e si conclude, quanto meno per ora, e nella speranza di margini di apertura più proficui per il futuro, sei anni dopo, con una sentenza del marzo 2012.

La pronuncia del 2006 mette in luce la volontà della Corte di Brno di chiarire i rapporti con l’ordinamento dell’Unione, cogliendo una insolita occasione, dal momento che alla sua attenzione era stato portato un regolamento interno attuativo di una norma⁵⁵², disciplinante l’organizzazione del mercato comune nel settore dello zucchero, il quale, tuttavia, nel corso del giudizio era stato abrogato e sostituito da un atto interno di recepimento delle misure comunitarie in tale materia⁵⁵³, sul quale era stato trasferito il giudizio a seguito dell’abrogazione del primo. I ricorrenti lamentavano la violazione del principio di non discriminazione, ritenendo che l’allocazione delle quote fosse del tutto iniqua. Invero, la Corte non era costretta a pronunciarsi sulla questione, stante l’abrogazione del decreto impugnato, ma accettava di farlo al fine di chiarire i rapporti con l’ordinamento dell’Unione, domandandosi – a mo’ di mera speculazione – se il regolamento governativo del 2004 potesse essere inteso come conforme a Costituzione alla luce dei principi del diritto comunitario. Attraverso un *reasoning* particolarmente dettagliato, il Giudice delle leggi accettava che i principi del diritto dell’Unione integrassero il parametro interno di costituzionalità nel giudizio di una norma statale, pur chiarendo che l’inarrestabile processo di integrazione doveva, in qualsiasi caso, trovare un freno, costituito dal nucleo duro della Costituzione⁵⁵⁴. Peraltro, la Corte di Brno coglieva

⁵⁵⁰ Pl. ÚS 5/01.

⁵⁵¹ Pl. ÚS 50/04 dell’8 marzo 2006 [CZE-2006-1-002].

⁵⁵² Regolamento 364/04.

⁵⁵³ Regolamento 548/05.

⁵⁵⁴ La dottrina dei controlimiti, peraltro, viene richiamata mettendo in luce l’attenta conoscenza che ha di essa la Corte ceca, poiché la pronuncia in esame è intrisa di riferimenti a sentenze di Corti dell’ovest, quali la sent. *Fontini* 183/73 e *Fragd* 232/89 della Corte italiana, le sentenze *Solange II* 197/83 e *Maastricht Treaty* 2159/92 del Tribunale costituzionale tedesco, ma vi sono riferimenti anche alla sent. irlandese *Grogan* ed a quella danese I-361/97 *Carlsen e al. C. Rasmussen*.

l'occasione, altresì, per chiarire il concetto di sovranità, sostenendo che essa resta, *ex art. 1 Cost.*, nelle mani dello Stato, il quale può decidere di cedere il suo esercizio ad organizzazioni internazionali, esclusivamente nel caso in cui queste siano in grado di garantire una salvaguardia dei diritti fondamentali pari o superiore a quella apprestata dalla Costituzione ceca, ammettendo, senza mezzi termini, che l'ordinamento dell'Unione fosse in grado di soddisfare tale criterio. Condotta tale analisi teorica, intrisa di proficue dichiarazioni di intenti, la Corte si concentrava sul giudizio della norma in esame, dapprima dal punto di vista comunitario, escludendo che il regolamento fosse suscettibile di ledere il diritto dell'Unione, e, solo successivamente, dal punto di vista costituzionale. I due scrutini pervenivano ad un esito opposto, poiché, se la norma interna era stata dichiarata conforme al diritto dell'Unione, essa restava palesemente incostituzionale per violazione dell'art. 3 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali del 1992, per come interpretato da una giurisprudenza costante⁵⁵⁵. Malgrado la novazione della fonte, la Corte non poteva non tenere conto dei propri precedenti, trovandosi in una situazione dall'esito tutt'altro che scontato. Posta davanti al bivio, la Corte ceca sceglieva la via comunitaria, ricordando come nella sentenza 11/02 essa avesse sottolineato che la “continuità diacronica” delle proprie pronunce avrebbe potuto subire delle deroghe in talune situazioni, tra le quali il cambiamento del sistema giuridico, senza dubbio determinato dall'adesione all'Unione Europea. In altre parole, il fine di conformarsi al dettato normativo comunitario giustificava un cambiamento (netto) rispetto alla giurisprudenza precedente, ma, più semplicemente, la Corte aveva trovato un *escamotage* per “salvare” la norma *de qua*, mantenendo un atteggiamento cooperativo con l'Unione.

Uno sforzo imponente, quello compiuto nel 2006 in Repubblica Ceca; tuttavia, un impegno che sarebbe rimasto un caso isolato nella giurisprudenza costituzionale di Brno, dal momento che, nel 2008, il Giudice delle leggi decideva di seguire un altro percorso⁵⁵⁶. L'occasione era rappresentata dal Trattato di Lisbona e dalla Carta di Nizza, entrambi sottoposti a controllo *ex ante* da parte della Corte ceca, poiché impugnati da talune parti⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ Il principio del precedente vincolante nella Repubblica Ceca si è affermato in via giurisprudenziale a partire dalla sent. Pl. ÚS 11/02. Nel caso in esame, la giurisprudenza consolidata faceva riferimento, in particolare alla sent. 39/01 che dichiarava incostituzionale il regolamento governativo 114/01 perché l'allocatione delle quote di produzione di zucchero era iniqua, per cui contraria al principio di uguaglianza.

⁵⁵⁶ Sent. Pl. ÚS 19/08 *Lisbon I*.

⁵⁵⁷ In particolare, il Senato fondava il proprio ricorso su tre argomentazioni fondamentali: in primo luogo, riteneva che la nuova allocazione delle competenze Stati membri-UE era divenuta prossima al riparto di competenze in un modello federale, per cui ciò si poneva in contrasto con l'art. 1 Cost. relativo alla titolarità della sovranità; in secondo luogo, si riteneva che la “clausola passerella”, che consentiva il passaggio dal voto all'unanimità a quello a maggioranza, si scontrasse con l'art. 10 Cost., perché in grado di modificare costantemente le competenze da cedere; infine, si metteva in luce che l'attribuzione di un carattere giuridico

per contrasto con il Testo fondamentale. Nel rigettare, una ad una, le ipotesi di contrasto sollevate dal Senato, la Corte dà vita ad un *reasonig* argomentativo in grado di coniugare spiragli di apertura all'Unione con elementi marcatamente statocentrici, ovvero orientati a ribadire l'esistenza di un nucleo duro ed intangibile della Costituzione, sostenendo che "Nel caso in cui ci sia un evidente conflitto tra ordinamento costituzionale della Repubblica Ceca e diritto dell'Unione europea, il primo, ed in particolare il suo nucleo duro, deve avere la prevalenza". Tuttavia, secondo la Corte di Brno, il Trattato di Lisbona per nulla modificava le competenze dell'Unione, non ponendosi affatto in contrasto con il dettato costituzionale, ma, richiamando la sentenza tedesca *Maastricht Urteil*⁵⁵⁸, il Giudice delle leggi ricordava che spetta allo Stato decidere quali competenze sono state trasferite e quali no, poiché tale potere "si fonda su un'autorizzazione da parte degli Stati membri, che rimangono sovrani e che, attraverso i loro Governi, intervengono regolarmente nei settori a prevalenza intergovernativa, guidando in tal modo il processo di integrazione". La Corte di Brno, tuttavia, lasciava all'Unione consistenti margini di apertura, ben cosciente del fatto che la nozione di sovranità, all'interno di un costituzionalismo multilivello, non può declinarsi secondo le regole classiche, ma deve basarsi su una cooperazione, che consente al concetto stesso di uscirne rafforzato, perché la collaborazione, all'interno dell'ordinamento comunitario, è volontaria. La Corte riconosce, dunque, uno dei tratti distintivi maggiori dell'Unione e si dimostra aperta nei suoi confronti, discorrendo, addirittura, di una sovranità condivisa, elemento che sarà riaffermato nella sentenza *Lisbon II*⁵⁵⁹. La singolarità di tale pronuncia risiede in una asserzione della Corte costituzionale, la quale, secondo i ricorrenti, sulla scia del Tribunale tedesco, avrebbe dovuto stilare un catalogo di elementi costitutivi dell'identità statale, insuscettibili di essere sacrificati sull'altare dell'integrazione. La Corte di Brno risponde in maniera eccellente a tale richiesta, poiché, nello specificare che tale identificazione spetterebbe, semmai, al potere legislativo, suggerisce ai ricorrenti che sarebbe inutile cristallizzare un insieme di valori da rendere indisponibili ad un processo in continua evoluzione, quello della integrazione⁵⁶⁰.

In tal modo, la Repubblica ceca denota una sensibilità notevole nei confronti del processo di integrazione, che emerge, altresì, nella pronuncia relativa alla decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo, con la quale viene esplicitamente sancito l'obbligo di

vincolante alla Carta di Nizza rendesse fondamentale un accertamento della Corte sul dettato normativo in esame, volto ad esaminare se la Carta fosse in grado di apprestare livelli di tutela uguali o superiori alla Costituzione.

⁵⁵⁸ BvR 2134/92 e BvR 2159/92.

⁵⁵⁹ Pl. ÚS 29/09, ancora una volta su ricorso di un gruppo di senatori.

⁵⁶⁰ O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad Est...*, cit., p. 308.

interpretazione conforme, laddove la Corte sostiene che tra tutte le possibili interpretazioni della normativa interna e della Costituzione, il giudice deve prediligere quella che si pone in armonia con il diritto dell'Unione. In effetti, solo attraverso una interpretazione "comunitariamente orientata" e facendo leva sull'art. 1, comma 2 Cost. relativo agli impegni internazionali, la decisione quadro poteva essere "vestita" di costituzionalità, dal momento che, stando ad una interpretazione letterale ed assiologia della Costituzione, i Padri costituenti avevano escluso in maniera categorica l'extradizione del cittadino ceco, avendo ben in mente le tragedie conosciute sotto il regime comunista, il quale costringeva all'allontanamento gli oppositori. Eppure, la Corte di Brno ammetteva senza mezzi termini che i Padri costituenti non potevano immaginare un processo di integrazione europea a quel livello e che, comunque, il mandato d'arresto non equivale in nessuna maniera all'extradizione per motivi politici. Facendo, dunque, riferimento alla necessaria collaborazione ed al parametro costituzionale rilevante, la Corte ceca lasciava via libera alla decisione-quadro, sostenendo la necessità di un *mutual trust* in ambito penale.

Una decisione degna di una Corte dell'ovest, tanto per la lucidità, quanto per le argomentazioni messe in luce nel ragionamento che conduce la Corte ceca ad accettare la decisione quadro, criticando, velatamente, il punto di vista del Tribunale costituzionale tedesco, principale oppositore della suddetta regolamentazione⁵⁶¹. Lo sguardo costante alla giurisprudenza costituzionale tedesca, in effetti, è un elemento che caratterizza l'attività della Corte di Brno, la quale, in taluni casi, la disattende, pur sempre richiamandola, ma, in altri, la porta alle sue estreme conseguenze, facendola divenire un freno al processo di integrazione. In effetti, pare che la sentenza *Lissabon Urteil*⁵⁶² abbia talmente "impressionato" i giudici cechi da indurli a porre una sorta di veto alla normativa comunitaria, dando vita ad una parabola discendente nell'apertura all'ordinamento dell'Unione.

⁵⁶¹ Sulle dinamiche relative alla pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco ed alla sua opposizione nei confronti del mandato d'arresto europeo, in particolare, cfr. F. PALERMO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul mandato di arresto europeo*, in *Quaderno costituzionali*, 2005.

⁵⁶² BVerfG, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, sent. del 30 giugno 2009 (Trattato di Lisbona). Il testo della sentenza è disponibile sul sito di ASTRID, www.astrid-online.it. Per una analisi della sentenza Cfr. L. VIOLINI, *Tra il vecchio e il nuovo. La sentenza Lissabon del Bundesverfassungsgericht alla luce dei suoi più significativi precedenti: Solange, Maastricht, Bananen*, in http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Violini_Relazione_Convegno-21_09_09.pdf; A. RANDAZZO, "La teoria dei controlimiti riletta alla luce del Trattato di Lisbona: un futuro non diverso dal presente?", www.diritticomparati.it; B. GUASTAFERRO, *Il Trattato di Lisbona tra il "custode" della sovranità popolare e il "custode" della Costituzione: la triplice "riserva" apposta al Trattato dal Bundesverfassungsgericht*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2010.

La vicenda prende le mosse nel 2012 con riferimento ad una sentenza⁵⁶³, che dal punto di vista del diritto comunitario, non è nient'altro che un caso ordinario, dal momento che essa viene resa come interpretazione del regolamento 1408/71 a seguito di un rinvio pregiudiziale, sollevato nell'ambito della controversia che ha visto contrapporsi la signora Landtová, cittadina della Repubblica ceca e residente in detto Stato membro, e la Česká správa sociálního zabezpečení (istituto di previdenza sociale ceco) relativamente all'importo della pensione di vecchiaia parziale concessale da quest'ultima. Solo un'analisi più attenta, in effetti, è in grado di cogliere la dimensione di interesse relativa a tale pronuncia, poiché il retroscena evidenzia un netto conflitto tra la Corte costituzionale ed il supremo giudice amministrativo della Repubblica Ceca.

In seguito alla proclamazione di indipendenza della Repubblica Ceca e della Slovacchia, è stato stabilito che ogni singolo Stato avrebbe dovuto decidere chi sarebbe stato responsabile del pagamento delle pensioni dei cittadini cecoslovacchi. L'articolo 20 dell'accordo concluso dalla Repubblica Ceca e dalla Repubblica Slovacca (Accordo CS) ha stabilito che il regime applicabile e l'autorità con competenza ad accordare tali prestazioni sarebbero stati determinati dallo Stato di residenza del datore di lavoro al momento dello scioglimento, ma alcuni lavoratori non potevano essere spostati dalla parte ceca, pur dipendendo da un datore di lavoro con residenza nella Repubblica Slovacca. Ciò ha determinato l'insorgere di talune controversie, dal momento che le pensioni in Slovacchia erano significativamente inferiori rispetto a quelle della Repubblica Ceca e ciò ha indotto la Corte costituzionale a ritenere tale elemento lesivo del diritto alla sicurezza economica per la vecchiaia⁵⁶⁴, stabilendo un incremento speciale. Tuttavia, tale giurisprudenza non ha incontrato il favore del supremo giudice amministrativo, secondo il quale tale misura si sarebbe posta in aperto contrasto con il diritto dell'Unione, dal momento che la Corte, con il suo giudicato, ha determinato un cambiamento nel significato dell'accordo CS, influenzando il meccanismo di calcolo della pensione. In secondo luogo, così facendo, la Corte costituzionale ha determinato delle discriminazioni, poiché, se l'articolo 20 dell'accordo di CS si applica tanto ai cittadini cechi e slovacchi quanto a quelli dell'Unione, l'interpretazione della Corte restringeva il campo applicativo ai soli cittadini cechi, escludendo, di fatto tutti gli altri. Il Giudice delle leggi, tuttavia, ha respinto tali argomentazioni⁵⁶⁵ attraverso una sentenza resa senza aver sollevato rinvio pregiudiziale

⁵⁶³ Corte di Giustizia sentenza C-399/09 *Landtová*. La Corte Ceca si esprime con la sentenza Pl. ÚS 5/12.

⁵⁶⁴ Sent. US 405/02.

⁵⁶⁵ Sentenza Pl. 06/04

alla Corte di Giustizia, malgrado la decisione comportasse necessariamente l'interpretazione del regolamento in esame. In altre parole, la Corte ceca ha affermato che la sua interpretazione del regolamento prevarrà in ogni caso ed indipendentemente dal giudizio della Corte di Giustizia. Quest'ultima, nel tentativo di porre fine, fra l'altro, ai conflitti interni, ha stabilito che le disposizioni del regolamento CEE non ostano alla emanazione di una norma nazionale che "dispone il pagamento di un'integrazione della prestazione di vecchiaia quando l'importo di quest'ultima, accordato in applicazione dell'art. 20 della convenzione bilaterale fra la Repubblica ceca e la Repubblica slovacca, firmata il 29 ottobre 1992, recante misure dirette a definire la situazione dopo la scissione, il 31 dicembre 1992, della Repubblica federale ceca e slovacca, sia inferiore a quanto sarebbe stato percepito se la pensione di vecchiaia fosse stata calcolata in applicazione delle previsioni del diritto della Repubblica ceca". Tuttavia, la Corte di Lussemburgo, accogliendo in parte le argomentazioni del supremo organo amministrativo, ha precisato che "Il combinato disposto degli artt. 3, n. 1, e 10 del regolamento n. 1408/71, nella sua versione modificata e aggiornata dal regolamento n. 118/97, come modificato dal regolamento n. 629/2006, osta ad una norma nazionale, come quella in discussione nella causa principale, che consente l'erogazione di un'integrazione della prestazione di vecchiaia unicamente ai cittadini cechi residenti nel territorio della Repubblica ceca, senza che ciò abbia necessariamente la conseguenza, sotto il profilo del diritto dell'Unione, di privare di tale integrazione una persona che soddisfi tali due condizioni". In tal senso, si può osservare come la Corte di Giustizia avesse tutte le intenzioni di "ammorbidire" le conseguenze della sua decisione, stabilendo che l'incremento speciale potesse essere mantenuto, ma a condizione della sua corresponsione a tutti i cittadini dell'UE. Tuttavia, la Corte costituzionale ceca ha ignorato le buone intenzioni provenienti dal giudice di Lussemburgo, spingendosi a dichiarare la sentenza emessa *ultra vires*. Non è, però, il fatto in sé ad essere condannabile, ma, piuttosto, lo sono le argomentazioni delle Corti, che risponde in maniera eccessivamente aggressiva alla cautela della Corte di Giustizia, sostenendo che l'Unione non ha alcuna competenza in materia di previdenza sociale, poiché, in base all'articolo 10 della Costituzione ceca, tale materia resta nelle competenze dello Stato. Pertanto, il Giudice delle leggi, ritenendo che il giudicato di Lussemburgo eccedesse le competenze cedute dagli Stati all'Unione, ha dichiarato che non darà

attuazione alcuna alla sentenza in esame, riprendendo, peraltro, un'argomentazione già esposta, *in nuce*, nella sentenza sul Trattato di Lisbona⁵⁶⁶.

La sentenza della Corte ceca deve essere letta, altresì, alla luce delle dinamiche interne, poiché la posizione di quest'ultima non trova sostegno negli altri organi di governo, i quali sembrano più propensi ad avallare l'interpretazione della Corte di Giustizia. Ciò, in qualche misura, costringe la Corte costituzionale ad esporre le proprie motivazioni, mettendo in luce una singolare rivisitazione della dottrina dei controlimiti, condotta, per certi versi, alle sue estreme conseguenze o (piuttosto) a quelli reali, quantomeno in termini di operatività. Ciò che sorprende è l'ambito nel quale essa trova applicazione, poiché la Corte non si trova a difendere il "nucleo duro" della Costituzione, ma l'accordo concluso con l'Unione al momento dell'adesione, "dimenticando" (volontariamente?) taluni principi cardine del diritto dell'Unione Europea, quale il divieto di non discriminazione. È, dunque, corretta la definizione di coloro i quali hanno sostenuto che dare la dottrina *Solange* nelle mani dei giudici cechi avrebbe significato lasciare che "i bambini giocassero con i fiammiferi"⁵⁶⁷. Che la Corte ceca abbia preso come riferimento la *Sentenza Lisbona* del Tribunale tedesco non appare elemento inequivocabile, dal momento che il riferimento alle pronunce del BVerfG appare "ornamentale"⁵⁶⁸, poiché, volgendo lo sguardo a tali decisioni, è facile notare le differenze, se non altro perché il BVerfG, oltre ad essere un attento conoscitore del diritto dell'Unione, ritiene necessaria la fase del rinvio pregiudiziale prima della dichiarazione *ultra vires* della sentenza⁵⁶⁹. In effetti, la pratica dell'*Ultra-vires-Kontrolle* è stata elaborata e messa in atto, per la prima volta, dal Tribunale costituzionale tedesco, nella sentenza del 6 luglio 2010⁵⁷⁰, con la quale è stato

⁵⁶⁶ Pl. USA 19/08

⁵⁶⁷ J. Komarek, *Playing With Matches: The Czech Constitutional Court's Ultra Vires Revolution*, nel suo commento per Verfassungsblog.

⁵⁶⁸ In particolare la parte in cui il Tribunale tedesco sostiene che «Tanto il controllo *ultra vires* quanto il controllo di identità possono portare al risultato che norme di diritto comunitario, o in futuro norme di diritto dell'Unione, siano dichiarate inapplicabili in Germania. Per tutelare la funzionalità dell'ordinamento comunitario, un'applicazione di diritto costituzionale che sia favorevole al diritto europeo richiede che tanto l'accertamento *ultra vires* quanto l'accertamento di una violazione dell'identità costituzionale sia riservato al *Bundesverfassungsgericht*, rispettando l'idea di diritto espressa nell'art. 100.1 LF ».

⁵⁶⁹ Cfr. S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali come resistenza al processo di integrazione europea*, in corso di pubblicazione.

⁵⁷⁰ La richiesta all'origine della nuova pronuncia chiamava il supremo giudice tedesco a verificare se la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Mangold* (causa C-144/04, 22 novembre 2005) fosse stata resa *ultra vires*. I fatti che precedono tale pronuncia vedono una società concludere contratti di lavoro a tempo determinato con soggetti di età superiore ai 52 anni di età, possibilità espressamente prevista dalla legge tedesca relativa al lavoro a tempo determinato. Tale disposizione, tuttavia, giunta dinanzi al giudizio della Corte di Giustizia, veniva dichiarata in aperto contrasto con il diritto UE, in particolare, con il principio di non discriminazione in base all'età. Il giudizio della Corte di Giustizia, tuttavia, appariva essere stato emesso in violazione delle competenze cedute dallo Stato all'UE, ovvero ritenendo che l'attività della Corte avesse ecceduto le proprie competenze. Partendo da tale presupposto, il Tribunale costituzionale tedesco adotta la

operato un il controllo sugli atti dell'Unione che si sospettino essere stati adottati *ultra vires*. Tale competenza, affermata per la prima volta nella pronuncia *Maastricht Urteil*, è stata successivamente ribadita nella *Lissabon Urteil* del 2009. Tuttavia, il Tribunale costituzionale tedesco è tornato sulla questione nel 2010, con la sentenza *Honeywell*⁵⁷¹; una pronuncia particolarmente attesa, poiché avrebbe potuto aprire conflitti insanabili tra la Germania e l'UE, viste le premesse della sentenza Lisbona, ma il Tribunale costituzionale tedesco ha preferito riprendere e precisare la dottrina già espressa nella precedente sentenza *Mangold*.

Ciò detto, è difficile non notare le differenze nette tra la dottrina *Mangold*, che pure ammette la dichiarazione *ultra vires* degli atti UE, e la pratica messa in atto nella Repubblica ceca. In effetti, ciò che differenzia i due punti di vista risiede nella mancanza,

sentenza in esame, attraverso la quale non solo si preoccupa di mettere in pratica il controllo sugli atti *ultra vires*, ma chiarisce, altresì, le modalità del controllo stesso. In primo luogo, il Tribunale ribadisce che la possibilità di effettuare il controllo *ultra vires* si fonda sul principio delle competenze di attribuzione. In altri termini, l'Unione è una Comunità di diritto, le cui competenze sono quelle attribuite dai Trattati, quindi dagli Stati membri; l'estensione di tali competenze può derivare solo dalla revisione dei Trattati da parte degli Stati membri. Il Tribunale, sapientemente, ammette che se ogni Stato membro si arrogasse il diritto di decidere sulla validità degli atti dell'Unione, il principio primato del diritto UE e la sua uniforme applicazione verrebbero meno; ma, al contempo, ribadisce che ciò non determina affatto la rinuncia degli Stati membri a presidiare il rispetto, da parte dell'Unione, delle proprie competenze, atteso che ciò si concretizzerebbe nell'affidare ai soli organi dell'Unione il controllo sul rispetto della competenze cedute, correndo il rischio di trovarsi di fronte ad una modifica tacita dei Trattati. Viste tali precisazioni, il Tribunale tedesco, ribadisce la propria fedeltà al principio del primato del diritto dell'Unione, precisando che l'*Ultra-vires-kontrolle* deve essere effettuato in modo deferente e secondo un criterio di *favor* per il diritto dell'Unione europea. In effetti, il Tribunale precisa che, nell'effettuare il controllo, il giudice supremo deve considerare vincolanti le decisioni della Corte di giustizia. In altre parole, non si potrà procedere al controllo *ultra-vires* su un atto dell'Unione se alla Corte di giustizia non è stata concessa la possibilità di pronunciarsi sull'atto in questione. Il Tribunale tedesco ha, poi, precisato che il controllo *ultra-vires* può essere esercitato solo laddove sia evidente il rischio che l'atto ecceda le competenze attribuite agli organi dell'Unione. Secondo il Tribunale, dunque, l'atto dell'Unione è *ultra vires* quando ha come effetto quello di determinare una significativa modifica relativamente alla ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri.

⁵⁷¹ Tale sentenza ha messo in luce la volontà del Tribunale di Karlsruhe di non alimentare i conflitti con l'Unione Europea, ciò emerge, in particolare, dalla significativa riaffermazione di come la prevalenza del diritto dell'Unione sia fondata sulla necessità che esso operi in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, e come questo elemento di supremazia sia compatibile con l'art. 23 LFB. È stato, inoltre osservato che tale supremazia non è assoluta e che, come chiarito nella sentenza *Lissabon-Urteil*, il Tribunale costituzionale ha il diritto e il dovere di vigilare sugli atti dell'Unione che appaiano adottati in eccesso dei poteri conferiti dai trattati.

Tale opera di controllo da parte, tuttavia, deve svolgersi in accordo con la Corte di Giustizia, nell'intento di preservare la coerenza e uniformità del diritto dell'Unione. Per cui, "i casi di tensione inevitabile devono essere bilanciati in maniera cooperativa, alla luce dell'idea di integrazione europea, e devono essere disinnescati attraverso un atteggiamento di attenzione reciproca". Ciò, di conseguenza comporta che il Tribunale tedesco non possa dichiarare *ultra vires* un atto dell'Unione prima di aver sollevato una questione pregiudiziale ex art. 267 TUE, così dare alla Corte di Giustizia un'ultima possibilità di interpretare in maniera corretta l'atto in esame. Peraltro, le dichiarazioni *ultra vires* devono limitarsi alle sole situazioni in cui la lesione del riparto delle competenze pattuito sia sufficientemente grave, concedendo all'UE un margine di tolleranza all'Unione, ovvero escludendo la possibilità di intervenire in situazioni *de minimis*. In particolare F. FONTANELLI, *All's well that ends Honeywell*, in *diritticomparati.it*.

per la Corte di Brno, della fase della conciliazione, ovvero quella che precede la dichiarazione *ultra vires* dell'atto dell'Unione e che dovrebbe vedere il dialogo entro la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale che si accinge a sottoporre l'atto comunitario a controllo.

La fase della conciliazione, nel caso della Repubblica ceca, viene sopperita da una lettera della Corte ceca alla Corte di Lussemburgo, che non ha mai ricevuto risposta, atteso che la questione riguardava un caso sottoposto al Giudice comunitario e che il Giudice delle leggi ceco era, nel caso di specie, innegabilmente un soggetto non rientrante nella controversia, con il quale non era, dunque, ammissibile alcun dialogo.

Invero, appaiono necessarie talune specificazioni, poiché i controlimiti e la dichiarazione *ultra vires* non coincidono affatto, ma, nel caso di specie, tale distinzione tende a sfumare. In effetti, come si accennava, la Corte ceca aveva già avuto modo di specificare che per controlimite si intende, fra l'altro, il limite delle competenze cedute all'Unione; di conseguenza, l'eccesso di tali competenze avrebbe provocato un controllo dell'atto (o della sentenza) da parte della Corte costituzionale, la quale si era già riservata il potere di decidere in merito. Appare evidente che, nel caso specifico, la dichiarazione relativa all'eccesso di competenze è, senza dubbio, una specificazione (se non l'attuazione stessa) della dottrina *Solange*, atteso che la Corte ceca ha inteso la pronuncia della Corte di Giustizia come una ingiustificata ingerenza in competenze interne allo Stato che per nessuna ragione potrebbero essere cedute. Peraltro, il richiamo alla giurisprudenza tedesca non è null'altro che un appiglio, considerato che, come si diceva, il Tribunale costituzionale di Karlsruhe richiama la possibilità di dichiarare *ultra vires* una sentenza o un atto dell'Unione a talune condizioni, talmente stringenti da rendere pressoché impossibile tale possibilità. La Corte ceca, dunque, si rifà (sommariamente) alla giurisprudenza tedesca al solo scopo di trovare una giustificazione della sua posizione, richiamando la più autorevole voce degli Stati membri dell'Unione.

Vi è, quindi, da domandarsi quali saranno le reazioni dell'Unione Europea a siffatte argomentazioni, le quali, come si accennava, non sono improprie di per se stesse, dal momento che la Repubblica Ceca non è l'unica a sostenere la necessità che l'Unione non ecceda le proprie competenze, ma sono, senza dubbio, errate, quanto meno nella misura in cui vengono rese in violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale per le giurisdizioni di ultima istanza, *ex art. 267 TUE*, e perché non tengono conto delle competenze dell'Unione in materia di divieto di discriminazione in ragione della cittadinanza, invertendo bruscamente il cammino intrapreso dalla Corte di Brno.

In effetti, potrebbe (e dovrebbe) ipotizzarsi l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti della Repubblica Ceca, atteso che questa ha volontariamente ammesso che non darà attuazione alcuna alla sentenza della Corte di Giustizia, violando, palesemente, l'obbligo di conformarsi al diritto dell'Unione. Tuttavia, c'è da domandarsi se l'Unione Europea non deciderà di sacrificare sull'altare dell'art. 4 del Trattato di Lisbona siffatte argomentazioni, facendo un passo indietro, che, innegabilmente, palesa connotati nuovi, i quali inducono a domandarci quanta Europa c'è nella eventuale decisione di non aprire, nel caso *de qua*, una procedura di infrazione.

**EST E OVEST A CONFRONTO: CONTINUITÀ E DISCONTINUITÀ TRA DUE
DIFFERENTI MODELLI COSTITUZIONALI NELL'OTTICA DEL
PLURALISMO COSTITUZIONALE**

1. Est e ovest allo specchio: continuità (poche) e discontinuità (molte) di quattro ordinamenti giuridici

Dall'analisi dei casi concreti emergono numerose discontinuità per ciò che attiene al modo in cui i due differenti modelli costituzionali si aprono all'ordinamento internazionale ed a quello dell'Unione europea. In effetti, se l'ovest dell'Europa pare più attento al fenomeno comunitario, nella misura in cui mette in luce un tentativo (ben riuscito) di riconoscere basi costituzionali solide all'Unione, l'est sembra essere molto più aperto al fenomeno internazionale, in particolare al sistema CEDU. Le ragioni di tali differenti impostazioni sono molteplici e solo la comparazione degli ordinamenti giuridici esaminati sarà in grado di mettere in luce due differenti modi di approcciarsi al fenomeno comunitario ed a quello internazionale.

La scelta di comparare i quattro ordinamenti in esame, lungi dall'essere casuale, è apparsa necessaria in virtù di talune continuità fra gli stessi, che, sovente, tendono a trasformarsi in marcate discontinuità. In effetti, l'ordinamento italiano, basato su una Costituzione che mantiene un silenzio assordante in materia di rapporti con l'Unione Europea (almeno fino alla riforma costituzionale del 2001), evoca la scelta compiuta dai membri dell'est, all'indomani dell'adesione all'Unione. Due parametri simili (se non, addirittura identici), che, tuttavia, conducono ad esiti profondamente dissimili, poiché se l'Italia, spinta dal novellato art. 117, comma 1 Cost., tende ad aprirsi in via giurisprudenziale al fenomeno comunitario, a parità di condizioni (quanto meno testuali) le Corti dell'est non si sentono ancora pronte a spalancare le porte al diritto sovranazionale, mettendo in luce una netta differenza nel funzionamento interno di un parametro costituzionale simile. Così anche per l'ordinamento francese, la cui clausola difensivistica,

basata sul controllo *ex ante* della costituzionalità dei trattati, viene trasposta nelle Costituzioni *post* comuniste, conducendole, tuttavia, ad esiti opposti. È pur vero che la clausola difensivista persegue l'obiettivo di salvaguardare il dettato costituzionale da "attacchi" provenienti dall'esterno, ma, a ben vedere, difficilmente è in grado di determinare l'arresto del diritto sovranazionale ed internazionale alle porte dell'ordinamento nazionale. In effetti, ciò è quello che è accaduto in Francia, in cui tale clausola costituzionale è stata in grado più di paventare che di operare, ma "trasportata" negli ordinamenti *ex* sovietici, è divenuta un sistema a doppia velocità, in grado di chiudersi dinanzi al diritto sovranazionale e di aprirsi, fino a rinnegare se stessa, dinanzi al diritto internazionale. Anche la dottrina dei controlimiti assume sfumature differenti da una parte all'altra dell'Europa, poiché nell'ovest è, senza dubbio, un'arma riposta nella fondina, ma pur sempre in grado di colpire al verificarsi di talune condizioni che, *rebus sic stantibus*, difficilmente potrebbero avverarsi; nell'est, al contrario, i controlimiti vivono ed operano realmente, trasformandosi in un ulteriore freno al processo di integrazione.

Alla luce di tali considerazioni preliminari, è necessario ora interrogarsi sul perché di queste marcate differenze di vedute in quattro ordinamenti appartenenti al Consiglio d'Europa ed all'Unione Europea.

2. Con riguardo alla CEDU

Volendo partire dall'ovest d'Europa, nel tentativo di muoversi in territori, in qualche misura, maggiormente conosciuti e più lineari dal punto di vista dell'apertura verso l'esterno, ci si accorge immediatamente che si tratta di una linearità apparente, poiché l'esito cui si perviene attraverso le pronunce giurisprudenziali è in grado di rivisitare profondamente il dettato costituzionale.

L'apertura internazionale dell'ordinamento costituzionale italiano pare, per certi versi, accogliere un monismo marcato per ciò che attiene al meccanismo di adattamento al diritto internazionale consuetudinario, poiché le norme immesse *ex art. 10 Cost.* hanno rango sovraordinato rispetto alla legge ordinaria, la quale, in ragione di ciò, può essere invalidata dalla Corte costituzionale ove risultasse con esse contrattante. L'*art. 10 Cost.* è, dunque, una norma sulla produzione, nella misura in cui prescrive un obbligo nei confronti dell'ordinamento italiano di conformarsi automaticamente alle consuetudini internazionali;

tuttavia, esso si impone, altresì, al legislatore, poiché, nel caso in cui, l'adattamento automatico non fosse possibile, esso dovrebbe intervenire con un atto volto a garantirlo. In tal senso, si può cogliere la vocazione monista della Costituzione italiana, circoscritta esclusivamente al diritto consuetudinario, accomunando la Carta italiana al Preambolo della Costituzione francese del 1946, nella misura in cui entrambi contemplano un meccanismo di adattamento automatico e permanente alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute. Tuttavia, entrambi gli ordinamenti abbandonano la propria vocazione monista nel rapporto con il diritto internazionale pattizio, mettendo in luce significative differenze rispetto all'est d'Europa.

Partendo dal dato costituzionale, si notano rilevanti differenze di vedute tra l'est e l'ovest d'Europa, nella misura in cui le Carte dell'ovest richiedono l'adattamento al diritto internazionale, impedendo che esso possa produrre effetti interni in assenza di una norma in grado di "trasformarlo" in diritto nazionale⁵⁷². È proprio tale fondamentale elemento che mette in luce la marcata impronta dualista delle Costituzioni dell'ovest, a fronte di un carattere più "permissivo" delle corrispondenti disposizioni delle Carte dell'est⁵⁷³. In altre parole, l'Europa centro-orientale presta maggiore attenzione agli effetti del diritto internazionale pattizio nell'ordinamento interno ed al rango ad esso riconosciuto, stabilendo i meccanismi di adattamento, ma esplicitando che, una volta ratificato, il trattato internazionale non soltanto diviene fonte interna, ma prevale sulle norme che stabiliscono diversamente rispetto ad esso.

Tali differenze di vedute sono ascrivibili, come più volte accennato, a numerosi fattori, fra i quali, senza dubbio, quello temporale, che induce le Carte dell'ovest ad aprirsi, finalmente, al diritto internazionale all'indomani della Seconda guerra mondiale, nel tentativo di mantenere la pace e la giustizia tra le nazioni; al contrario, le Carte dell'est si "modellano" sul diritto internazionale, nel tentativo di approdare al loro riconoscimento internazionale come repubbliche indipendenti e democratiche, da parte delle comunità

⁵⁷² Così l'art. 80 della Costituzione italiana, secondo il quale "Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi". Il medesimo fine si riscontra nell'art. 53 della Costituzione francese, a norma del quale "I trattati di pace, i trattati di commercio, i trattati o accordi relativi all'organizzazione internazionale, quelli che impegnano le finanze dello Stato, quelli che modificano disposizioni di natura legislativa, quelli relativi allo status delle persone e quelli che comportano cessione, scambio o aggregazione di territori, possono essere ratificati o approvati solo in virtù di una legge. Essi entrano in vigore solo dopo la ratifica o l'approvazione".

⁵⁷³ Secondo l'art. 10 della Costituzione ceca "I trattati internazionali promulgati, ratificati con l'assenso del parlamento ed ai quali la Repubblica ceca è vincolata, sono parte dell'ordinamento giuridico; se un trattato internazionale stabilisce diversamente rispetto alla legge, si applica il trattato internazionale". L'art. 87 della Costituzione polacca annovera esplicitamente le fonti di diritto internazionale tra le fonti dell'ordinamento.

internazionale. Ciò induce tali Stati a vedere nel diritto internazionale una guida, alla quale difficilmente si tenta di porre un freno, nella consapevolezza che esso risulta maggiormente adeguato a salvaguardare i diritti fondamentali, nonché a velocizzarne i processi di democratizzazione.

Dunque, le differenze fra i quattro ordinamenti in esame si possono cogliere con particolare riferimento al rango attribuito alle fonti pattizie del diritto internazionale, ma, soprattutto (ed in maniera più significativa) nell'atteggiamento nei confronti della CEDU, poiché, se pure l'ovest stempera, in via giurisprudenziale, il suo marcato dualismo, non raggiunge i livelli di attenzione che l'est garantisce alla convenzione di Roma. In effetti, la comparazione fra i modelli ci induce a mettere in rilievo, per ciò che attiene al diritto internazionale, una apparente linea di continuità tra la Francia ed i Paesi dell'Europa centro-orientale, nella misura in cui sembra essere accolta la teoria monista del rapporto fra ordinamenti. Giova, in tal senso, ricordare, che l'art. 55 della Costituzione francese, pur ponendo la clausola del principio di reciprocità, afferma a chiare lettere la preminenza del diritto internazionale sulle fonti interne di rango legislativo, così come accade nell'est dell'Europa. Tuttavia, la linea di continuità è solo apparente, poiché apparente è lo stesso monismo francese, atteso che la primazia affermata nell'art. 55 Cost. non è in alcuna misura paragonabile a quella della Costituzione sulle leggi⁵⁷⁴. Il diritto vivente, in effetti, ha ridimensionato significativamente il portato normativo dell'art. 55 Cost., mettendo in luce che si tratta di una primazia relativa, ovvero circoscritta all'ambito di attuazione del trattato internazionale e legata al principio di reciprocità.

L'assetto dei rapporti normativi tra fonti interne e internazionali è disciplinato da un complesso di disposizioni costituzionali che evidenziano, ad una lettura più attenta, una forte ambiguità caratterizzante i rapporti tra ordinamenti⁵⁷⁵, mettendo in dubbio il monismo che, ad una prima lettura, la Francia sembra accogliere, per lasciare spazio ad un sistema in cui la Costituzione continua ad essere posta al vertice della gerarchia delle fonti. In tal senso, è proprio la Costituzione che, da un lato, rende possibile l'unità tra i due ordinamenti, ma, dall'altro, pone dei limiti a tale integrazione, prevedendo che il diritto internazionale, una volta ratificato, goda del primato rispetto alla legge interna, ma non altrettanto nei confronti di norme di rango costituzionale, rispetto alle quali è richiesta una preventiva verifica di conformità. Il controllo di costituzionalità *a priori* del trattato, con

⁵⁷⁴ Cfr. V. COSTANTINESCO, S. PIERRE'-CAPS, *Droit constitutionnel*, Paris, 2004, p. 260.

⁵⁷⁵ M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil Constitutionnel e le Corti europee: dall'indifferenza al dialogo?*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, 2006.

conseguente possibilità di revisione costituzionale persegue l'obiettivo di ristabilire l'armonia tra fonti del diritto, atteso che il Consiglio costituzionale, ove rilevasse un contrasto tra norma internazionale pattizia non ancora entrata in vigore e la Costituzione, potrebbe ravvisare la necessità di una riforma capace di risolvere le antinomie normative e ristabilire la primazia costituzionale. Il rango delle fonti internazionali è, dunque, superprimario⁵⁷⁶, dal momento che non è permesso a tali norme di derogare alla Costituzione, ma gli è concesso di imporsi sulla legge ordinaria. Ciò ci induce a ritenere che in Francia le norme poste in essere da organismi differenti da quelli statali siano in grado di vincolare esclusivamente il legislatore ordinario e non anche quello costituzionale⁵⁷⁷, dal momento che la fonte esterna non si impone al Testo fondamentale in maniera automatica, ma, in caso di antinomia, ciò avviene solo per volontà del potere costituente.

Diametralmente opposta la conclusione cui pervengono tanto i testi costituzionali, quanto la giurisprudenza negli ordinamenti dell'est, atteso che il monismo accolto da tali ordinamenti è lungi dall'essere apparente, poiché emerge una vocazione alla maggiore apertura verso l'ordinamento internazionale già nel dato testuale, in virtù del quale viene riconosciuta la prevalenza del diritto internazionale su quello interno⁵⁷⁸. Già ad una sommaria lettura dei Testi fondamentali emerge la verbalizzazione della primazia del diritto internazionale su quello interno, con la conseguenza che le antinomie normative troveranno risoluzione attraverso la prevalenza del primo sul secondo⁵⁷⁹. L'accoglimento della clausola francese relativa al controllo preventivo di costituzionalità sui trattati non deve trarre in inganno, dal momento che in tal caso non si persegue l'obiettivo di

⁵⁷⁶ Si tratta del medesimo rango attribuito alla legge organica.

⁵⁷⁷ In tal senso, appare chiara la pronuncia *M. Sarran*, n. 200268/1998, nella quale si stabilisce che “*Considérant que si l'article 55 de la Constitution dispose que 'les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie', la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle*”. Nello stesso senso la sentenza *Lavacher et autres*, n. 200287/1998.

⁵⁷⁸ Invero, vi è una eccezione costituita dall'Ungheria, il cui art. 7 Cost. accoglie il modello dualista.

⁵⁷⁹ L'art. 91 della Costituzione polacca prevede che i trattati regolarmente ratificati hanno prevalenza sulla legge ordinaria: l'art. 5 comma 4 della Costituzione bulgara è ancora più eloquente, prevedendo che “i Trattati internazionali ratificati dal Parlamento entrano direttamente a far parte del diritto nazionale e prevalgono sulle norme interne in contraddizione con essi”. Stesso portato l'art. 10 della Costituzione ceca, secondo il quale “i trattati internazionali pubblicati, ratificati con l'assenso del Parlamento ed ai quali la Repubblica Ceca è vincolata, sono parte dell'ordinamento giuridico; se un trattato internazionale stabilisce diversamente rispetto alla legge, si applica il trattato internazionale”. In Estonia vi è una maggiore cautela, ma il risultato è la prevalenza dei trattati, prevedendosi che non possono concludersi accordi internazionali contrari alla Costituzione, ma che i trattati ratificati dal Parlamento prevalgono sulla legislazione interna. Solo in Lituania, Lettonia ed Ungheria la Costituzione non menziona la sovraordinazione del diritto internazionale su quello interno, ma ciò è stato garantito in via giurisprudenziale, attraverso interpretazione di clausole che in nulla ostavano a tale primazia.

salvaguardare la Costituzione, rendendo superprimarie le fonti internazionali, atteso che è il Testo fondamentale a suggerire una revisione⁵⁸⁰ che diviene necessaria al fine dell'obbedienza volontaria al diritto internazionale, determinando meccanismi dissimili da quelli tipici dell'ordinamento francese. In tal senso, il meccanismo in esame non deve trarre in inganno, dal momento che esso trova attuazione proprio in virtù della vocazione a garantire la primazia del diritto internazionale. Due clausole identiche, ma due fini completamente differenti. Tali elementi ci inducono a ritenere che il diritto vivente francese abbia perseguito (e raggiunto) l'obiettivo di ridimensionare quel monismo che, ad una prima lettura, sembrava emergere dalla Costituzione, rendendo la sistematica delle fonti del diritto evidentemente più prossima al "modello dell'ovest", dunque basato su un marcato dualismo.

Tuttavia, il criterio posto quale *discrimen*, ovvero il trattamento domestico della CEDU ed il relativo inquadramento della Convenzione all'interno della sistematica della fonti, mette in luce taluni elementi di continuità tra est d'Europa ed ordinamento francese, poiché tali sistemi, al contrario dell'ordinamento italiano, accettano l'applicazione diretta della CEDU da parte dei giudici ordinari, esprimendo, senza dubbio, un rango sovraordinato rispetto alla legge ordinaria e sottordinato rispetto ai principi inviolabili della Costituzione. In effetti, mancando una specifica disposizione costituzionale relativa al diritto internazionale dei diritti umani, la CEDU è stata fatta rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 55 Cost., dunque il medesimo fondamento costituzionale del diritto dell'Unione Europea. È, probabilmente, proprio in quest'ambito che maggiormente si apprezzano le discontinuità con l'ordinamento italiano e le analogie con gli ordinamenti dell'est, poiché, come questi ultimi, la Francia precisa che la CEDU ha capacità di prevalere sul dettato costituzionale, fatti salvi i valori intangibili di questa, mentre l'Italia chiarisce in maniera inequivoca che la Convenzione è sottordinata alla Costituzione nella misura in cui questa è obbligata a rispettare l'intera architettura, non soltanto il nucleo duro, non essendo in nulla paragonabile al diritto dell'Unione Europea⁵⁸¹. Eppure, è proprio con riferimento alle "sentenze gemelle" della Corte costituzionale italiana che possono scorgersi taluni elementi di continuità con l'est d'Europa, rinvenibili nella volontà di evitare in ogni modo la marginalizzazione da Strasburgo. In tal senso, il parallelo tra le sentenze italiane del 2007 e la pronuncia della Corte ceca del 2010 diviene l'esempio più

⁵⁸⁰ Appare emblematico, in tal senso, l'art. 85 comma 3 della Costituzione bulgara, secondo il quale alla sottoscrizione di accordi internazionali che richiedono modifiche della Costituzione *deve* necessariamente seguire l'operazione di revisione.

⁵⁸¹ In particolare, sentt. 348 e 349 del 2007.

concreto di tali affermazioni. L'elemento che si pone alla base di tale pronuncia è la riforma costituzionale del 2001, attraverso la quale il controllo di convenzionalità passava da accentrato a diffuso⁵⁸² e veniva declassato il rango dei trattati internazionali dei diritti umani⁵⁸³, parificandolo a quello di ogni altro accordo internazionale concluso e ratificato. La Corte ceca si è spinta fino a non riconoscere tale parificazione⁵⁸⁴, dando una singolare interpretazione del novellato dettato costituzionale, ovvero sostenendo che in seguito alla revisione la CEDU ha acquisito rango pari-ordinato a Costituzione, innalzando, di fatto, il rango della Convenzione. Come si è avuto modo di sottolineare, la Corte ceca sostiene tre principali argomentazioni: in prima battuta che in nessun caso si può ritenere che una revisione costituzionale abbia come obiettivo quello di limitare il livello procedurale di garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali, circostanza che si verificherebbe nel caso in cui si impedisse il ricorso alla Corte in caso di violazione di un diritto attribuito al singolo ad opera della Convenzione. In secondo luogo – e questo è senza dubbio il passaggio maggiormente creativo – la Corte sostiene che, stando ad una interpretazione letterale del novellato dettato costituzionale, si paleserebbe, da parte del legislatore di riforma, un'irragionevole disparità tra due ipotesi di conflitto. In effetti, stando alla lettera, in caso di conflitto tra norma interna e Costituzione, il giudice ha l'obbligo di sollevare una questione incidentale dinanzi alla Corte, diversamente da quanto accadrebbe nell'ipotesi di contrasto con il trattato, rispetto al quale il giudice comune può risolvere la questione senza adire la Corte. Tuttavia, il Giudice delle leggi rifiuta tale argomentazione, sostenendo che non è possibile attribuire tale portata alla norma, dal momento che il diritto internazionale è parificato al diritto costituzionale, avendone la medesima natura, ragione per cui la differenza procedurale in caso di antinomie normative non soltanto non ha ragion d'essere, ma non trova giustificazione all'interno del Testo costituzionale. Di fatto, la Corte si spinge fino ad un'interpretazione teleologica, tale da concludere qual era il fine del legislatore del riforma, ma lo fa *a contrario*, dunque escludendo che questo non intendeva per nulla introdurre una differenza procedurale in tale ambito, anche perché – e questa è l'ultima argomentazione – se lo avesse fatto, sarebbe andato contro il portato normativo

⁵⁸² Attraverso la revisione dell'art. 95 Cost. che in precedenza attribuiva tale prerogativa esclusivamente alla Corte costituzionale.

⁵⁸³ L'art. 10 Cost., nella sua versione precedente al 2001, prevedeva che “i trattati internazionali in tema di diritti umani sono immediatamente vincolanti e superiori alla legge ordinaria”, mentre, la riformulazione stabilisce che “i trattati internazionali pubblicati, ratificati con l'assenso del Parlamento ed ai quali la Repubblica ceca è vincolata, sono parte dell'ordinamento giuridico: se un trattato internazionale stabilisce diversamente rispetto alla legge si applica il trattato internazionale”. È evidente che i trattati relativi al diritto internazionale dei diritti umani vengono parificati a tutti gli altri accordi internazionali.

⁵⁸⁴ Sent. Pl. 36/01.

dell'art. 2 Cost., che obbliga l'ordinamento ceco di rispettare il diritto internazionale. Un *reasoning* che conduce, dunque, ad un innalzamento del rango CEDU e del diritto internazionale dei diritti umani. In Italia, viene perseguito il medesimo obiettivo, quello di evitare la marginalizzazione da Strasburgo attraverso l'introduzione del controllo diffuso di convenzionalità, ma a ciò si perviene "abbassando" il rango della CEDU, ovvero chiarendo che essa non può essere direttamente applicata in maniera diretta dai giudici ordinari, poiché, nella fase patologica dell'antinomia normativa, falliti i tentativi di interpretazione conforme, il giudice ordinario ha l'obbligo di rivolgersi alla Corte costituzionale, poiché la norma interna potrà essere censurata per violazione dell'art. 117 comma 1, solo nel caso in cui il parametro costituito dalla norma CEDU sia stato precedentemente dichiarato conforme a Costituzione dalla medesima Corte. Un fine comune, dunque, ma degli strumenti opposti, che paiono un ottimo indicatore per "misurare" il grado di apertura verso l'esterno dell'ordinamento italiano. In tal senso, non è difficile desumere che l'atteggiamento di maggior chiusura nei confronti della CEDU sia ascrivibile proprio all'ordinamento italiano, stando alle affermazioni di una Corte costituzionale che non manca di sottolineare la differenza tra il sistema CEDU e quello dell'Unione, "dimenticando" (senza dubbio, in maniera volontaria) che un sistema basato sulla marcata gerarchizzazione delle fonti normative non ha più alcun senso. Dunque, è proprio l'ordinamento italiano a servirci, in tal caso, da *tertium comparationis*, atteso che il suo atteggiamento di chiusura verso il diritto internazionale pattizio appare piuttosto insolito.

Tuttavia, se pure l'Italia costituisce, in qualche misura, il modello di chiusura più marcata nei confronti del sistema CEDU, il suo atteggiamento, con maggiore o minore gradazione, accomuna tutto l'ovest dell'Europa e, nel tentativo di comprenderne le ragioni, non si può prescindere dal richiamare la diversa percezione che l'est e l'ovest hanno del sistema CEDU. In effetti, sembra essere ascrivibile a tali elementi la maggiore o minore apertura verso la Convenzione, poiché difficilmente altre condizioni sarebbero in grado di mettere in luce perché una parte dell'Europa è attenta ed aperta al sistema CEDU, mentre l'altra apre contro voglia le porte dell'ordinamento a Strasburgo⁵⁸⁵. In tal senso, è necessario constatare che i membri fondatori del Consiglio d'Europa avevano in mente un sistema che fosse in grado di esprimere i valori da essi condivisi, pur nella convinzione che i diritti contenuti nella CEDU venissero meglio salvaguardati a livello nazionale.

⁵⁸⁵ In tal senso, non può non condividersi la brillante ricostruzione fatta da O. POLLICINO, in particolare nella monografia *Allargamento dell'Europa a Est e rapporti tra Corti Costituzionali e Corti Europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale?...*, cit.

All'interno di tale sistema, la Corte EDU era vista come una mera corte internazionale, con il solo scopo di giudicare i conflitti tra legislazione interna e Convenzione. L'ovest, dunque, ha sempre guardato con superiorità a quel sistema, poiché lo aveva fondato e quando questo ha iniziato a "sfuggirgli di mano", la risposta è stata la chiusura degli ordinamenti nei confronti di Strasburgo. In altre parole, più cresceva l'audacia della Corte e (conseguentemente) del sistema, più gli ordinamenti fondatori serravano le porte dinanzi al fenomeno CEDU, sentendosi, in qualche misura, traditi: non era questo che cercavano, ma solo un minimo comune denominatore in grado di distinguerli dal blocco sovietico. La dissoluzione di quest'ultimo ha condotto sullo scenario internazionale nuovi Paesi, democratici ed indipendenti, ansiosi di divenire membri del Consiglio d'Europa, poiché in esso vedevano la guida verso la democratizzazione. Non è un caso, dunque, che il ruolo giocato dalla Corte EDU nella fase di transizione costituzionale dei Paesi dell'Europa centro-orientale sia stato decisivo, più che significativo, per il consolidamento della democrazia. Le giovani democrazie dell'est avevano ben chiaro il funzionamento del sistema CEDU, sapevano che la Corte di Strasburgo non era solo una corte internazionale e che la Convenzione non era una mera dichiarazione o un denominatore comune, ma un documento vincolante, al quale ispirarsi nella redazione delle proprie Carte costituzionali. È per tale ragione che, nella fase di transizione in particolare, l'est si è aperto alla Corte di Strasburgo e questa ha assunto un atteggiamento notevolmente diverso rispetto ai membri dell'ovest. In effetti, la Corte EDU sembra reagire in dipendenza al grado di apertura degli Stati, se questi si dimostrano aperti, è in grado di andare ben oltre il mandato originario, comportandosi come una guida, basti pensare alle sentenze pilota. Al contrario, nel momento in cui si trova di fronte ad una chiusura, reagisce con un passo indietro, ridimensionando il suo "potenziale intrusivo". Due atteggiamenti diversi, dunque, che conducono la Corte, forse erroneamente, ad usare due metri differenti nel riconoscimento del margine di apprezzamento, che si contrae quando a richiederlo è l'est e si espande se la richiesta proviene dall'ovest. Se la Corte EDU condivide, in qualche maniera, le posizioni dell'ovest, ritenendo gli ordinamenti maggiormente adeguati alla protezione dei diritti, è una questione di poco conto, atteso che il dato che emerge in maniera lampante è la sua capacità di cambiare atteggiamento in dipendenza del grado di apertura verso di essa.

Si potrebbe, senza dubbio, azzardare un qualche giudizio sull'apertura ed il conseguente atteggiamento di Strasburgo, poiché le collaborazioni virtuose che l'est ha insegnato al resto d'Europa non dovrebbero restare circoscritte a quell'area geografica; tuttavia, il modo di intendere il sistema CEDU, il valore del giudicato della Corte EDU

stanno, oggi, conoscendo un graduale sviluppo nel diritto vivente, atteso che le Corti sembrano perseguire il fine di riconoscere alla Convenzione un ruolo differente rispetto agli altri trattati internazionali, dimostrando maggiore attenzione verso il diritto internazionale dei diritti umani. Tale atteggiamento si registra innegabilmente anche nell'ordinamento italiano, poiché la voce fuori dal coro della Cassazione (e non solo) ha costretto la Consulta a prendere atto del valore della CEDU nel sistema delle fonti, mettendo in luce che il formalismo, la gerarchizzazione tendono a sfumare in taluni ambiti, poiché se la Convenzione ha, formalmente, valore di legge ordinaria perché questo è il rango della fonte di recepimento, nella realtà – e sia pure nel rispetto dell'architettura costituzionale – è in grado di divenire fonte interposta nel giudizio di costituzionalità. Che sia stato l'art. 117, comma 1 a compiere questa rivoluzione è innegabile, ma, comunque, non potremmo dire con certezza se tale cambiamento non si sarebbe verificato anche in sua assenza, atteso che la CEDU potrebbe “entrare” nell'ordinamento tanto per il tramite del diritto internazionale, quanto per quello dell'Unione Europea, acquistando un nuovo e più efficace valore all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza. I giudici che hanno ritenuto valida tale impostazione basano le proprie argomentazioni su elementi veritieri, pur tuttavia menzionando poco (o per nulla) la dottrina dei controlimiti, che, in tal caso, dovrebbe applicarsi anche alla CEDU.

Ciò ci induce a concludere che l'atteggiamento profondamente differente dell'est e dell'ovest d'Europa nei confronti della CEDU potrebbe, gradualmente, assumere delle tinte meno marcate, atteso che si registra una convergenza verso l'apertura alla CEDU, ad oggi ancora in divenire, ma foriera di nuovi (e maggiormente positivi) cambiamenti nel diritto vivente, in particolare dell'ovest.

3. e al diritto dell'Unione Europea

Il fenomeno inverso si registra con riguardo al diritto dell'Unione Europea, atteso che l'ovest sembra essere significativamente più attento a tale fenomeno rispetto all'est dell'Europa. Certo, è bene sottolineare che ciò appare un paradosso, poiché, per ciò che attiene alla CEDU, i nuovi membri *ex* sovietici avevano più chiaro il funzionamento del sistema rispetto agli anziani. Dunque, non appare affatto scontato domandarsi per quale ragione quelle Costituzioni, elaborate durante gli anni Novanta e, dunque, ben coscienti della portata del fenomeno comunitario, restino silenti in materia di integrazione, non

rintracciandosi, quantomeno negli ordinamenti costituzionali oggetto della presente analisi, la presenza di una espressa clausola europea. Cosicché, può affermarsi che se per la CEDU l'ordinamento di riferimento diveniva la Francia, per il diritto dell'Unione è l'ordinamento italiano, o meglio, il suo silenzio in materia di rapporti tra ordinamenti e di collocazione delle fonti nella sistematica interna. L'analisi, in effetti, non può che muovere dal parametro costituzionale, poiché questo appare il primo indicatore dell'abbandono del monismo nell'approccio con l'Unione Europea. Ciò che connota, come si accennava, i Testi costituzionali dell'Europa centro-orientale è una marcata impronta sovranista, dalla quale discendono numerose problematiche che si palesano nel rapporto con l'Unione⁵⁸⁶. Alla base di tale atteggiamento vi è, senza dubbio, il connotato identitario, che ha caratterizzato la fase della transizione democratica, divenendo, successivamente, tratto fondamentale della sovranità, vista come reazione ad un passato autoritario. Si osservi, inoltre, che la Costituzione riconosce a se stessa il primato nella sistematica delle fonti, ostando, insieme alla mancata previsione di cessione di sovranità a favore di organizzazioni internazionali, al processo di integrazione. Nella fase che ha preceduto l'adesione all'Unione Europea è stato, infatti, richiesto a tali ordinamenti di concedere basi costituzionali più solide al fenomeno comunitario, suggerendo l'introduzione di clausole europee. È proprio in questa fase che emerge l'euroscetticismo dell'est Europa, poiché le revisioni avrebbero potuto introdurre clausole volte a garantire uno stabile ancoraggio all'Unione, facendo emergere la natura *sui generis* di tale organizzazione, che, senza dubbio, si era ormai palesata sul finire degli anni Novanta del secolo scorso. Tuttavia, il parametro costituzionale mette in luce la volontà di non spingersi troppo in là, di non parlare di "cessione" di sovranità, ma di "concessione di poteri" ad organizzazioni internazionali, ovvero non menzionando in nessun caso il fenomeno comunitario⁵⁸⁷.

È chiaro, dunque, che siffatti Testi costituzionali appaiono forieri di una serie notevole di problematiche, poiché la differenza tra ordinamento dell'Unione e diritto internazionale non viene affatto operata, malgrado l'innegabile consapevolezza della portata del fenomeno integrativo. Tuttavia, alla luce del graduale adeguamento della giurisprudenza costituzionale italiana ai dettami giurisprudenziali della Corte di

⁵⁸⁶ Un'analisi attenta è quella condotta da N. WALKER, *Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union*, in *European Law Journal*, n. 4/98; R. BELLAMY, D. CASTIGLIONE, *Democracy, Sovereignty and the Constitution of the Europe Union: The Republican Alternative to Liberalism*, in *European Law Journal*, n. 4/98.

⁵⁸⁷ A. DI GREGORIO, *Riforme costituzionali e integrazione europea: il caso dei nuovi membri dell'Est*, in DPCE 4/2004. L'Autore distingue tra ordinamenti restii a cedere la sovranità, mettendo in luce che i Paesi Baltici, in tal senso, sono quelli meno propensi.

Lussemburgo, registratosi nel silenzio della Costituzione, potremmo attenderci un esito analogo all'interno degli ordinamenti dell'Europa centro-orientale; eppure, al momento è dato registrare una giurisprudenza che, al contrario, accetta e riafferma costantemente il parametro costituzionale.

Ai nostri fini, è possibile tracciare un confine temporale, poiché le pronunce che precedono l'adesione all'Unione Europea appaiono, in qualche misura, "filoeuropee", nella misura in cui le Corti tendono a sentirsi vincolate al diritto comunitario, malgrado non siano ancora parte di quel sistema. Ci troviamo, in effetti, in una fase in cui nessun obbligo comunitario vincola le Corti dell'est, ma le rende propense ad elaborare delle propositive dichiarazioni di intenti, le quali saranno puntualmente disattese nella fase successiva all'adesione⁵⁸⁸. In effetti, la predisposizione all'apertura, la quale emerge nella volontà di interpretare la normativa interna alla luce del diritto dell'Unione Europea, tende a scomparire nella fase immediatamente successiva all'adesione, caratterizzata, sovente, da un tono ostile nei confronti del diritto comunitario. Le ragioni, invero, appaiono poco comprensibili, ma, senza dubbio, riconducibili al timore per un diritto con una elevata capacità di incidere sugli ordinamenti interni, e, altresì, ad una reazione per ciò che l'Unione aveva preteso da tali ordinamenti nella fase precedente all'adesione. Ciò induce ad una forte reazione "euroscettica" nei confronti dell'Unione europea, che si registra tanto in Polonia quanto nella Repubblica ceca.

Il dato che, probabilmente, è in grado più degli altri di mettere in luce l'ostilità nei confronti dell'Unione Europea è la sistematica interna delle fonti, dal momento che la Polonia e la Repubblica Ceca collocano al vertice la Costituzione, mettendo in luce che il trasferimento di competenze verso organizzazioni internazionali non determina la perdita

⁵⁸⁸ Le pronunce che precedono l'adesione all'Unione seguono il medesimo filo conduttore, ovvero la marcata apertura verso l'Unione. Il primo esempio è costituito dalla sentenza K 15/97 del Tribunale costituzionale polacco attraverso la quale il Giudice delle leggi si spinge fino a caducare una normativa interna relativa alle differenziazioni in età pensionabile perché ritenuta in contrasto con il principio di eguaglianza, ricavabile dal diritto dell'Unione e per come interpretato dalla Corte di Giustizia. Secondo il Tribunale polacco, l'ordinamento statale era obbligato a fare il possibile per conformarsi al diritto comunitario, ritenendo che in tale obbligo rientrasse anche quello di "interpretare la normativa già esistente nel modo che possa garantire detta compatibilità". La medesima tendenza è messa in luce dalla Corte costituzionale ceca con la sentenza Pl. ÚS 5/01, con la quale, nell'ambito di una questione riguardante le quote latte, viene rigettata l'interpretazione dei ricorrenti, secondo i quali il diritto comunitario non era vincolante nella fase pre-adesione. La Corte ceca sostiene, al contrario, che tale diritto "non può essere considerato per questa Corte diritto straniero, in quanto ha una capacità di incidere assai elevata sulla giurisprudenza costituzionale". Secondo la Corte estone il diritto dell'Unione non può considerarsi vincolante nella fase che precede l'adesione, tuttavia esso deve ispirare ugualmente la creazione di una legislazione interna con esso compatibile (sent. III-4-A-5/94). In controtendenza solo la Corte ungherese, la quale, nella sent. 30/1998 paragona il diritto dell'Unione ad un diritto straniero, argomentando tale affermazione sulla base della mancata adesione all'epoca dei fatti.

della sovranità dello Stato relativamente alle competenze cedute, poiché tale trasferimento non ha mai carattere assoluto e può essere revocato. Tuttavia, si registrano delle differenze marcate tra i due ordinamenti dell'est, poiché, invero, il Tribunale di Varsavia è un attento conoscitore del fenomeno comunitario, sa bene che l'integrazione comporta la cooperazione, tanto da menzionare sovente la dottrina *Kobler*, ma ciò non equivale, invero, ad una volontà di aprirsi alla collaborazione, piuttosto a mettere in evidenza che l'Unione Europea è, sì, una organizzazione peculiare, non esplicabile attraverso le teorie classiche di monismo e dualismo, ma ad essa non è concesso scardinare la sistematica interna delle fonti, poiché il diritto sovranazionale si scontra, anche nell'est, con la necessità di salvaguardare il nucleo essenziale della Costituzione. Dunque, le continuità tra est ed ovest si palesano sul terreno dei controlimiti, in particolare con riguardo all'ordinamento italiano, ma le differenze restano, comunque, notevoli. In effetti, la dottrina dei controlimiti, vista dall'ovest, resta il metodo per salvaguardare l'identità costituzionale, il baluardo ultimo della sovranità, ma, senza dubbio, uno strumento più paventato che utilizzato. L'Europa centro-orientale, al contrario, non si limita a proclamare di avere in mano l'arma dei controlimiti, ma si spinge fino a renderla operativa, mettendo in luce tutto il timore – più che l'euroscetticismo – che connota i Paesi dell'est nei confronti di un diritto dall'elevato potenziale intrusivo. In tal senso non può non richiamarsi la vicenda che ha visto protagonista la Repubblica ceca ed una sua singolare reinterpretazione della dottrina dei controlimiti, volta a dichiarare *ultra vires* una sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sostenendo che l'organizzazione non avesse competenze per intervenire sulla questione, nel caso di specie la materia previdenziale. Tale pronuncia, tuttavia, sorprende il lettore, poiché i giudici cechi si erano, sovente, dimostrati aperti al processo di integrazione, richiamando la dottrina dei controlimiti, ma in una maniera propositiva. Peraltro, ciò che contribuisce a rendere singolare la questione, è l'ambito nel quale si colloca, poiché la Corte di Brno non si trovava a difendere il nucleo duro della Costituzione, ma, semplicemente, a misurarsi con l'accordo di adesione concluso con l'Unione. Ecco, dunque, che diviene pressoché impossibile dar torto a chi, all'indomani di tale pronuncia, ha sostenuto che dare la dottrina *Solange* nelle mani dei cechi avrebbe significato lasciare che i bambini giocassero con i fiammiferi⁵⁸⁹. In effetti, portare la dottrina dei controlimiti nell'est d'Europa significa concedere a dei giudici euroscettici e

⁵⁸⁹ J. KOMAREK, *Playing With Matches: The Czech Constitutional Court's Ultra Vires Revolution*, nel suo commento per Verfassungsblog.

particolarmente attenti alla difesa del Testo costituzionale un'arma che se nell'ovest è riposta nella fondina, ma nell'est è sempre pronta a colpire.

Potremmo, senza dubbio, sostenere che ciò che accomuna est ed ovest nel campo del diritto dell'Unione Europea siano proprio i controlimiti, atteso che in entrambi i casi emerge chiaramente la volontà di salvaguardare il nucleo duro della Costituzione. Tuttavia, si tratta di un'affermazione sommaria e poco attenta, poiché il contesto di attuazione dei controlimiti è ben differente, dal momento che nell'ovest la dottrina *Solange* vive nell'attività di giudici che conoscono il fenomeno dell'integrazione ed usano i controlimiti in maniera propositiva, al fine di far conoscere all'Unione le colonne portanti del costituzionalismo. Un atteggiamento, dunque, difensivistico, ma, senza dubbio, stemperato dalla volontà collaborativa, che emerge nel diritto vivente, attraverso le voci delle Corti, impegnate, da sempre, in un cammino europeo. Tali necessità, d'altra parte, sono state fatte proprie dall'Unione, che si è preoccupata di verbalizzare nel Trattato di Lisbona il necessario rispetto per le identità costituzionali degli Stati membri. Se tale precetto equivalga ad una europeizzazione dei controlimiti, intesa nel suo senso più propositivo, ovvero di ritenere che un atto lesivo dei controlimiti sia, al contempo, contrario al diritto dell'Unione, non è possibile affermarlo con certezza, ma che l'Europa abbia fatto proprie le necessità degli Stati in tale ambito appare innegabile. Tuttavia, tale passo in avanti compiuto dall'Unione non è bastato a rassicurare i giudici dell'est, poiché essi continuano a vedere nei controlimiti il mezzo attraverso il quale può essere ridimensionato il potenziale intrusivo del diritto sovranazionale. Il contesto di recepimento della dottrina *Solange*, in effetti, è profondamente diverso, poiché l'Europa centro-orientale non sembra ancora pronta ad abbandonare il rigido schema gerarchico delle fonti del diritto, aprendosi ad un pluralismo ordinamentale.

4. Né monismo né dualismo, ma un necessario equilibrio: il pluralismo costituzionale

La recente evoluzione del processo di costituzionalizzazione europea ha indotto gli studiosi a riflettere attentamente su nuovi e vecchi concetti e categorie: ad esempio, ora sembra chiaro che la tradizionale "interpretazione" dei rapporti tra livelli di governo si sta dimostrando inadeguata. Per quanto riguarda il rapporto tra il sistema europeo e gli ordinamenti giuridici nazionali, ad oggi, sarebbe superfluo avvalerci delle categorie tradizionali di monismo o dualismo, e, in effetti, al fine di entrare in un dibattito sulla

integrazione o separazione dei due ordini giuridici ciò potrebbe rivelarsi una inutile perdita di tempo. È molto difficile applicare concetti e teorie radicate nel diritto internazionale o nazionale alla struttura europea, ma “difficile” non significa “impossibile” e sicuramente non significa “sbagliato”: l'obiettivo di teorie come il costituzionalismo multilivello o il pluralismo costituzionale rispondono a questa esigenza di un adattamento all'ordine sovranazionale europeo dei sistemi che erano, infatti, concepiti in contesti diversi. Tuttavia, le categorie tradizionali sono certamente utili per fornire un quadro dogmatico delle relazioni tra l'Unione europea e gli Stati membri, e sono ancora un necessario punto di partenza per qualsivoglia analisi dell'interazione tra le autorità nazionali e sovranazionali, tuttavia, hanno poco da aggiungere quando queste relazioni sono considerate realisticamente, cioè dinamicamente, in movimento⁵⁹⁰.

L'analisi delle teorie classiche relative al rapporto tra ordinamenti ci ha condotto ad un'affermazione di principio, secondo la quale il monismo ed il dualismo non sono in grado di spiegare i fenomeni ad oggi conosciuti nel mondo moderno. Tale incapacità deriva, senza dubbio, dalla rigidità che caratterizza l'una e l'altra teoria, poiché esse tendono a spiegare secondo la logica della integrazione o della separazione i rapporti tra ordinamenti. Tuttavia, tali interpretazioni si scontrano con taluni fenomeni, capaci di dimostrare l'insufficienza (o inadeguatezza) di tali vecchie lenti per leggere i fenomeni moderni. In effetti, riprendendo l'analisi condotta da autorevole dottrina⁵⁹¹, il concetto della sovranità, propriamente inteso, avrebbe subito delle erosioni provenienti tanto dall'interno, quanto dall'esterno, da non essere più configurabile come il concetto classico che diveniva elemento fondante della nozione di Stato⁵⁹². In tal senso, si deduce, in primo luogo, che il concetto della separazione – a quasi trent'anni di distanza dalla sentenza *Granital* – non è più sufficiente ad esplicitare il rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione, poiché tale assunto risulta del tutto incompatibile con l'art. 101 della Costituzione italiana, dal momento che i giudici nazionali divengono, al contempo, giudici dell'Unione e tale configurazione è possibile esclusivamente abbandonando l'idea della separazione ed accogliendo quella della comunicazione tra ordinamenti, poiché le Corti nazionali agiscono come Corti europee all'interno di un sistema giuridico europeo⁵⁹³. Dunque, il concetto di gerarchia tra fonti, come quello tra ordinamenti, non sembra più

⁵⁹⁰ Cfr. P. CARROZZA, *Foreward*, in O. POLLICINO, G. MARTINICO (a cura di), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, cit., 2010, p. 1 e ss.

⁵⁹¹ Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 2000, pp. 436 e ss.

⁵⁹² Cfr. S. CASSESE, *I Tribunali di Babele*, Roma, 2009, p. 15 e ss.

⁵⁹³ Cfr. M. P. MADURO, *Interpreting European law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism*, *European Journal of Legal Studies*, 2/2007, p. 18.

avere senso, nella misura in cui l'unico strumento in grado di spiegare gli attuali fenomeni integrativi è il pluralismo costituzionale, secondo il quale la natura dei rapporti tra ordinamenti non è gerarchica, ma eterarchica⁵⁹⁴. Il pluralismo costituzionale presente in ambito UE costituisce, dunque, una nuova forma di costituzionalismo, basata sull'esistenza di una pluralità di fonti giuridiche e di centri decisionali, con la conseguente esigenza di coordinamento tra sistemi giuridici che appaiono fortemente contaminati tra di loro.

Questa non è, dunque, esclusivamente la logica che si pone alla base del processo di integrazione europea, ma diviene il necessario superamento delle teorie classiche, le quali, tuttavia, devono essere tenute in debita considerazione, atteso che il pluralismo costituzionale pare discendere da un riesame – adattato al contesto moderno – della teoria monista, poiché da essa riprende la necessità del collegamento tra ordinamenti, rifiutando, al contempo, la logica della separazione, tipica del dualismo.

Occorre, ai nostri fini, domandarsi qual è l'impatto del pluralismo costituzionale sulla teoria delle fonti, poiché se si accoglie il suddetto concetto, la teoria classica delle fonti del diritto tende a sfumare, atteso che sbiadisce il concetto di gerarchia. Ecco, dunque, che l'accoglimento di tale visione comporta l'accettazione di nuove modalità di risoluzione delle antinomie normative, nella misura in cui diviene necessario andare oltre i limiti dell'applicazione del criterio gerarchico per la risoluzione dei conflitti internormativi e tra ordinamenti, facendo in modo che il rapporto tra gli Stati e gli organismi internazionali e sovranazionali divenga di interazione-cooperazione, rifiutando (o superando), conseguentemente, sia il monismo che il dualismo. Tuttavia, l'accoglimento della logica della interazione interordinamentale pare condurre alla rivisitazione di taluni elementi distintivi dell'ordinamento giuridico, in particolare l'autoreferenzialità e l'esclusività, che devono, immancabilmente, farsi da parte, favorendo la creazione di un circolo virtuoso tra Corti coinvolte e di un nuovo strumento di risoluzione delle antinomie, basato sul bilanciamento caso per caso. In questa prospettiva, la fonte normativa deve "spogliarsi" del suo rango, divenendo in grado di "cedere" dinanzi ad una fonte maggiormente capace di tutelare l'interesse in gioco. Si delinea in tal senso, e in particolare all'interno del costituzionalismo multilivello che caratterizza l'Europa, uno schema di

⁵⁹⁴ Cfr. N. MacCORMICK, *Risking Constitutional Collision in Europe*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 18, No. 3 (Autumn, 1998), pp. 517-532; N. WALKER, *The idea of Constitutional Pluralism*, in *EUI Working Paper Law*, n. 1/2002; M. P. MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional pluralism in Action*, in N. WALKER, *Sovereignty in transition*, Oxford Hart Publishing, 2003; M. AVBELJ, J. KOMAREK, *Four Vision of Constitutional Pluralism*, in *European Journal of Legal Studies*, n. 2/2008; M. P. MADURO, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, in *European Journal of Legal Studies*, n. 2/2008.

risoluzione delle antinomie, in particolare in materia di diritti fondamentali. In effetti, la logica che governa i principi fondamentali non può essere quella della subordinazione gerarchica di un principio rispetto agli altri, perché, in tal modo, si negherebbe la fundamentalità del principio recessivo. È per tale ragione, dunque, che l'unico meccanismo in grado di governare questi rapporti è quella del confronto paritario, poiché solo con la tecnica del bilanciamento secondo i casi si possono risolvere i contrasti tra norme e tra i valori ad esse sottese. Nonostante ciò, non si tratta di smentire l'esistenza dei controlimiti, quanto piuttosto, ritenerli una soluzione estrema, più proclamata che praticata. L'applicazione nazionale di tale dottrina, peraltro, dovrebbe essere oggi scongiurata dalla "europeizzazione" dei controlimiti ad opera dell'art. 4 del Trattato di Lisbona, che impone alla Corte di Giustizia di operare un bilanciamento tra principi al fine di non ledere le identità costituzionali degli Stati membri. In questa sede, tuttavia, tale profilo non può essere sufficientemente problematizzato, ma esso stesso pare foriero di numerosi ed importanti questioni, atteso che, per un verso, i controlimiti diventano strumento di comunicazione tra ordinamenti, ossia un meccanismo attraverso il quale l'ordinamento nazionale riesce a "portare" la sua identità oltre i confini. Ciò determina, immancabilmente, il sorgere di talune problematiche, poiché vi è da chiedersi come farebbe la Corte di Giustizia, privata, in questo caso, dello strumento delle tradizioni costituzionali comuni, a riconoscere un principio fondamentale di uno Stato membro e a stabilire che dinanzi ad esso il diritto dell'Unione deve arrestarsi. Invero, si potrebbe ipotizzare, come taluni hanno fatto⁵⁹⁵, l'introduzione di una "pregiudiziale rovesciata", in cui è la Corte europea a rivolgersi alle Corti costituzionali nazionali. Senza dubbio una soluzione notevole, ma difficilmente praticabile, visto il livello di dialogo che caratterizza il sistema Europa. Peraltro, non convince neanche la necessità che un atto dell'Unione soccomba dinanzi al diritto nazionale ad opera della stessa Corte di Giustizia, "costretta" da siffatta previsione a dichiarare illegittimo l'atto comunitario per contrasto con il diritto nazionale e, conseguentemente, con il diritto primario dell'Unione. Quello che può sembrare più realistico è un costante "monitoraggio comunitario" dei giudicati nazionali in tema di "nucleo irriducibile" della Costituzione, così da evitare l'adozione di atti contrari agli elementi fondanti delle identità nazionali.

⁵⁹⁵ In particolare A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *forumcostituzionale.it*

Nell'impossibilità di operare una gerarchia tra valori, l'unica strada percorribile al fine di risolvere tale contrasto è quella di individuare il supervalore, ovvero la dignità della persona umana, l'unico valore che l'ordinamento non può mai mettere in discussione. È proprio il bilanciamento tra valori ad essere prospettato come l'unica soluzione praticabile al fine di giungere ad una risoluzione delle antinomie fra norme, il che ci porta a sostenere che le norme UE non necessariamente incontrano il limite dei controlimiti, nella misura in cui possono esserci casi nei quali il bilanciamento tra valori può giocare a favore della norma comunitaria, nell'ipotesi in cui sia più servente rispetto all'insieme dei principi fondamentali. Tuttavia, è anche vero che la norma UE potrebbe, in questo quadro, recedere di fronte ad una norma interna non espressiva dei controlimiti, ma capace di porsi meglio al servizio del valore tutelato. È sulla base di tali premesse che devono orientarsi i rapporti tra Corti, poiché i giudicati devono necessariamente accogliersi ed integrarsi a vicenda, giocando una partita alla pari, nella imprescindibile ricerca del principio *magis ut valeant* e nella prospettiva della costruzione di un modello di relazioni "intercostituzionali". Una siffatta teorizzazione induce a sostenere che la teoria della separazione tra ordinamenti non ha più senso, l'unica strada percorribile è quella suggerita dalla Carta di Nizza, orientata ad una logica di sussidiarietà e di integrazione tra ordinamenti, poiché basata sulla logica del criterio più favorevole alla protezione di un diritto, che, di volta in volta, seppure con notevoli difficoltà, dovrà essere individuato dai giudici. In altre parole, quando una Corte comprende che quanto affermato da un'altra è maggiormente servente al valore, capace, dunque, di offrire una tutela più intensa al diritto, non si annulla né si mortifica, ma, piuttosto, si esalta e si rigenera, poiché l'ordinamento "intercostituzionale" si basa su una continua e crescente integrazione e rigenera la propria identità in riferimento all'identità altrui. La Costituzione, dunque, non si avvilisce se si apre all'altro quando questo offre una tutela più intensa, anzi è solo allora che la Costituzione si realizza realmente *magis ut valeant*⁵⁹⁶.

Dalla nostra analisi, tuttavia, emerge, senza dubbio, una notevole preoccupazione per l'affermazione di un siffatto modello, in particolare nell'est dell'Europa, in cui i

⁵⁹⁶ In particolare A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in forumcostituzionale.it; Id., *Le pronunzie della Corte costituzionale come "contro limiti alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario?"*, in forumcostituzionale.it; Id., *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, Relazione all'incontro di studio su *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Roma 28 febbraio- 2 marzo 2007; Id., *Quale "sistema" delle fonti dopo la riforma del titolo V?*, Relazione all'incontro di studio su *Sistema delle fonti ed esercizio della giurisdizione dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Roma 19- 20 gennaio 2006.

controlimiti hanno un ruolo particolarmente marcato, perseguendo una logica difensivistica, che, difficilmente, è in grado di lasciare il posto al pluralismo costituzionale. In effetti, tal teoria appare una rielaborazione del modello monista, strenuamente rifiutato dai membri dell'est nei rapporti con l'Unione Europea, ma, al contrario, fatto proprio nei rapporti con la CEDU, da sempre basati su una "obbedienza volontaria". In effetti, è su tale concetto che dovrebbero configurarsi i rapporti tra ordinamenti, all'interno di un sistema di costituzionalismo cooperativo, ma è innegabile che la realtà sembra dimostrare ben altro. Sembra, dunque, di trovarsi ancora una volta di fronte ad un'Europa che cammina a più velocità, dove l'ovest accetta il pluralismo costituzionale e l'est pone dei limiti, ma l'idea di collaborazione, a ben vedere, si fa strada nello spazio giuridico europeo, poiché anche le logiche difensivistiche sono in grado di insegnare, in particolare quando si mette in luce che esse sono l'eccezione. Appare, dunque, necessario il coordinamento tra livelli, poiché essi sono, innegabilmente, interconnessi e non gerarchicamente composti, all'interno di un quadro che inevitabilmente deve orientarsi sulla logica di sussidiarietà e dell'integrazione tra ordinamenti.

Conclusioni

L'analisi condotta ha preso le mosse da una disamina delle teorie classiche relative al rapporto tra ordinamenti, nel tentativo di mettere in luce, per un verso, che se da queste non si può prescindere, appare necessario, dall'altro, tener conto delle evoluzioni che esse hanno conosciuto. In effetti, il parametro costituzionale di riferimento, pur recependo l'una o l'altra teoria, è suscettibile di interpretazioni – che, in taluni casi, andrebbero definite forzature – tali da assumere, nelle autorevoli voci delle Corti costituzionali, connotati differenti rispetto al loro fine iniziale. È in tal modo che i taluni Testi costituzionali si sono potuti “dotare” di una clausola europea o, in generale, di una clausola di integrazione con altri ordinamenti, poiché laddove le Costituzioni tacevano, interveniva la giurisprudenza, a smussare gli angoli fin troppo marcati della teoria dualista ed introducendo taluni elementi di monismo. È questo il caso dell'Italia, della Polonia e della Repubblica Ceca, che, a fronte di un parametro costituzionale restio nei confronti dell'Unione Europea, hanno conosciuto una giurisprudenza interna tale da concedere basi costituzionali più o meno solide al processo di integrazione. Tuttavia, se questo è un punto di contatto tra gli ordinamenti presi come riferimento, è, altresì, vero che le somiglianze sono limitate. In effetti l'ovest d'Europa appare maggiormente aperto verso le forme di cooperazione con l'ordinamento europeo, a fronte di un est che vede ancora talune minacce alla sovranità nel processo di integrazione. Ciò, tuttavia, non denota una scarsa maturità dell'Europa centro-orientale, piuttosto un differente modo di approcciarsi, che pone le basi nel passato autoritario e nel timore di perdere l'indipendenza da poco acquistata. Peraltro, l'esito cui gli ordinamenti pervengono è, talvolta, il medesimo, poiché se l'ovest si apre alle ragioni di Lussemburgo e coopera per lo sviluppo dell'Unione, è pur vero che tende a ricordare all'ordinamento comunitario, attraverso le sue Corti, che questa cooperazione vale fintantoché l'Unione non incide sul nucleo duro della Costituzione, non essendo per nulla rassicurati – tanto gli ordinamenti dell'ovest, quanto quelli dell'est – delle previsioni del Trattato di Lisbona sul rispetto delle identità costituzionali. Ecco, dunque, che emerge un punto di contatto tra l'est e l'ovest, rintracciabile nei controlimiti, i quali assumono, forse, una valenza differente nell'ex blocco sovietico, atteso che il timore di opporli è molto meno marcato che nell'ovest, proprio perché lo spirito di collaborazione appare inferiore.

I risultati si invertono sul terreno della CEDU, poiché l'est è molto più aperto verso la Convenzione, avendo visto in essa la guida verso la democrazia e conservando, dunque, uno spirito meno arrogante rispetto a quello di un ovest che crede ancora di avere molto da

insegnare al sistema CEDU. Su questo terreno le differenze nell'accoglimento dell'una o dell'altra teoria relativa al rapporto tra ordinamenti paiono più marcate, poiché l'est sembra sposare il monismo nei rapporti con la CEDU, mentre l'ovest, più restio, resta ancorato al dualismo.

Quanto emerso è stato, dunque, in grado di evidenziare delle nette asimmetrie nel panorama ordinamentale di riferimento, mettendo in luce il diverso impatto e, di conseguenza, il diverso trattamento domestico, che i singoli ordinamenti accordano al diritto dell'Unione ed a quello discendente dalla CEDU.

L'analisi condotta ha messo in luce degli elementi di particolare importanza, poiché sembra che sia l'est che l'ovest d'Europa abbiano tanto da insegnare. In effetti, e nonostante ciò possa apparire quantomeno singolare agli occhi dello studioso, le Corti costituzionali dell'est hanno molto da insegnare, atteso che esse nascono con un peculiare "mandato", quello di innalzare i livelli di salvaguardia dei diritti fondamentali. Tale elemento rende le Corti dell'est particolarmente audaci nella tutela dei diritti e, senza dubbio, propense a "spianare" la via ai giudici comuni in tal senso. In tale ambito, in effetti, si coglie una marcata differenza con i giudici dell'ovest, poiché in tale contesto si conosce, in qualche misura, la situazione inversa, nella misura in cui sono i giudici comuni ad essere più audaci in materia di diritti e più aperti agli strumenti internazionali.

Ciò, tuttavia, induce a domandarsi se CEDU e diritto dell'Unione possano ancora considerarsi due mondi a parte, ai quali corrisponde un trattamento domestico completamente differente e se le teorie classiche relative al rapporto tra ordinamenti siano ancora oggi in grado di spiegare fenomeni che, nei tempi in cui venivano elaborate, erano sconosciuti e non prevedibili.

Quanto al primo dei due interrogativi, appare chiaro che i mandati, gli obiettivi di CEDU e diritto dell'Unione restino differenti, ma appare emergere una certa convergenza nel trattamento domestico, che, immancabilmente, minaccia la speciale specialità del diritto dell'Unione. In effetti, questa che potrebbe sembrare un'affermazione esagerata o, comunque, azzardata trova conferma in taluni elementi che potremmo definire, appunto, di convergenza nel trattamento domestico. Primo fra tutti, senza dubbio, l'obbligo di interpretazione conforme che grava sui giudici nazionali, tanto con riguardo alla CEDU, quanto con riguardo al diritto dell'Unione; in secondo luogo, è difficile non far riferimento alla disapplicazione della norma in caso di contrasto con le previsioni dell'Unione e della CEDU. Senza dubbio, in quest'ultimo caso troviamo delle sfumature differenti, poiché in

Italia, al contrario degli altri ordinamenti esaminati, ci si sta lentamente avvicinando a tale tecnica. Infine, potremmo richiamare i limiti opposti ad entrambi i sistemi normativi.

La convergenza, o meglio, la tendenza verso questa, è molto più marcata rispetto al passato, ma non è compiuta, poiché l'invasività del diritto dell'Unione non è elemento tipico del sistema CEDU, nonostante la nuova stagione attivistica della Corte di Strasburgo. In effetti, strumenti quali il rinvio pregiudiziale, l'obbligo di disapplicazione, ma anche i controlimiti, senza dubbio più marcati per la CEDU, mettono in luce che l'Unione conserva una sua specialità e che l'impatto ordinamentale dei due sistemi normativi è, ancora oggi, differente. Tuttavia, nel tentativo di rispondere al secondo interrogativo, all'interno di siffatto sistema, che, sovente, viene definito costituzionalismo multilivello – ove, con tale termine si suole indicare “lo scarto esistente tra il “luogo” di confezione ed il “luogo” (o i “luoghi”) di produzione degli effetti di talune specie di fonti”⁵⁹⁷ – appare difficile continuare a leggere la realtà attraverso le teorie classiche del rapporto tra ordinamenti. In taluni casi, però, si preferisce parlare di pluralismo costituzionale, ma, in generale il costituzionalismo plurilivello indica un processo in corso che istituisce nuove strutture di governo complementari e basate su forme esistenti di autorganizzazione di un popolo o di una società⁵⁹⁸. Elementi caratterizzanti di tale processo sono, senza dubbio, l'estensione della cessione volontaria di sovranità a organizzazioni internazionali, l'acquisizione di potere da parte di attori non statuali, ma, altresì, la persistente vitalità dello Stato nazionale. La questione circa la legittimità di tale condivisione di sovranità tra livello nazionale, europeo ed internazionale si basa su un elemento essenziale dell'integrazione ovvero l'interesse collettivo o bene comune⁵⁹⁹. In altre parole, tale condivisione è legittima se e nella misura in cui essa è in grado di massimizzare il bene comune la cui soddisfazione necessita di sovranità condivise, poiché tutti gli attori devono collaborare al fine di perseguire tale obiettivo.

In tale contesto, il dilemma monismo/dualismo si deve, infatti, risolvere attraverso l'abbandono della rigidità che caratterizza entrambi i modelli, optando per una costruzione nella quale il pluralismo degli ordinamenti giuridici si apre a dinamiche di relazione, in particolare nel momento interpretativo ed applicativo, attraverso un'integrazione capace di svilupparsi sul livello materiale.

⁵⁹⁷ Cfr. A. RUGGERI, *Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione “multilivello” del sistema delle fonti*, in forumcostituzionale.it

⁵⁹⁸ Cfr. I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 703.

⁵⁹⁹ Cfr. C.W. JENKS, *The Common Law of Mankind*, New York, 1958, p. 17.

In altre parole, è necessario comprendere che la novità del nuovo modello non coincide affatto con l'affermazione dell'esistenza di una pluralità di centri di produzione normativa, ma con l'approccio del necessario superamento di un punto di vista prettamente interno. Tuttavia, più che di superamento delle teorie classiche, dovremmo parlare di un giusto bilanciamento tra esse, che si traduce in un sistema di relazioni tra ordinamenti ispirato al paradigma comunicativo tra Testi ed esperienze giuridiche, in cui la Costituzione nazionale non cessa affatto di avere un ruolo fondamentale. È altrettanto chiaro, tuttavia, che all'interno di un siffatto sistema anche il ruolo delle Corti costituzionali deve cambiare, poiché il modello kelseniano di custode della Costituzione, della sua primazia e della struttura piramidale del sistema delle fonti deve necessariamente lasciare il posto ad un sistema in cui il giudizio di costituzionalità delle legge, inteso in senso classico, diviene un giudizio in cui entrano in gioco fonti interne ed esterne, mettendo in luce l'esistenza del pluralismo costituzionale quale elemento caratterizzante dei moderni sistemi democratici.

Tuttavia, la base del pluralismo costituzionale resta il Testo fondamentale, poiché il parametro può integrarsi solo sulla base delle fonti che il Testo riconosce. Il problema della integrazione tra le fonti, della loro ricomposizione in sistema deve, dunque, ispirarsi non più al rigido formalismo, ma, piuttosto, ad un modello di cerchi concentrici, in cui le fonti riescano ad integrarsi a vicenda, nell'obiettivo di ridurre la complessità del sistema.

Ciò conduce, in maniera inevitabile, a prendere in considerazione una problematica più ampia, quella relativa ad ordinamenti giuridici diversi e, più nel dettaglio, a come è possibile tenerli insieme, farli convivere. In effetti, ci siamo finora domandati su come debba mutare la sistematica delle fonti del diritto, ma se questa cambia, è necessario che cambino i rapporti tra i centri di produzione delle fonti del diritto, all'interno di un sistema in cui la sovranità, innegabilmente, risulta sempre più "diluita". È appena il caso di ricordare che tale policentrismo è emerso, fra l'altro, in virtù della necessità di cooperazione tra gli Stati, poiché essi si sono trovati a risolvere problematiche che necessitavano di una cooperazione. Eppure, questo pluralismo ha bisogno di un ordine, di regole che disciplinino e, ad un tempo, incentivino la cooperazione fra livelli; ma, in assenza di un ordine superiore, sono gli stessi ordinamenti che devono cercare (e trovare) strumenti di collaborazione.

All'interno di un simile assetto pluricentrico, solo il *judicial dialogue* può sanare i problematici meccanismi che si innescano nel rapporto tra ordinamenti: in altre parole, "se

prima si era passati dalle spade alle feluche, ora si passa dalle feluche alle toghe”⁶⁰⁰, dal momento che sono le Corti ad aver dimostrato una straordinaria capacità di attraversare le frontiere. Tuttavia, l’incontro tra ordinamenti giuridici, peraltro diversamente collocati, in quanto sia nazionali che sovranazionali, si traduce in un incontro tra tradizioni giuridiche differenti, che possono scontrarsi o, quantomeno, rivendicare l’esistenza di talune zone non sottoponibili a “contrattazione”, ma a noi non interessa livellare le differenze, anzi, come si accennava, anche da esse discende e si alimenta la cooperazione, per cui si tratta di dar vita ad una diversità sostenibile, intesa come tolleranza ed adattamento reciproci. Al contrario di quello che può sembrare, ciò non è così complicato, anzi, le Corti ci hanno insegnato che, muovendo da quel *common core*, costituito da principi e regole comuni, la cooperazione è possibile⁶⁰¹.

Tali affermazioni necessitano, tuttavia, di taluni chiarimenti, poiché si potrebbe legittimamente obiettare che si sta costruendo un sistema in cui sono i giudici a detenere un’ampia parte di potere e ciò si ripercuoterebbe in maniera negativa sul principio democratico, non essendo i giudici rappresentanti del popolo. In effetti non lo sono, ma la democrazia è costituita, altresì, da una componente garantista, basata sulla vigilanza del rispetto dei poteri da parte degli organi elettivi: per cui, se mutano i modi di esercizi della funzione, non muta la funzione stessa⁶⁰².

È, dunque, il fondamentale dialogo tra giudici che si pone alla base di un sistema multilivello che necessita di sovranità condivise, per cui, al moltiplicarsi dei centri di produzione normativa, deve corrispondere un’armonizzazione di questi, soprattutto se si accoglie la tesi secondo cui la gerarchia delle fonti normative tende a sfumare, lasciando il posto ad un sistema di cooperazione in cui le fonti e le norme degli ordinamenti si integrano a vicenda.

L’analisi condotta finora dimostra, da un lato, che tali affermazioni sono lungi dall’essere mere speculazioni teoriche, dal momento che la collaborazione tra Corti si apprezza in tutta la sua concretezza allorquando si volge lo sguardo ad est, ovvero a delle Corti che non si chiudono di fronte al giudicato di Strasburgo, ma, al contrario, cooperano affinché si stabilisca un’armonia tra sistemi. Qualcosa muta, tuttavia, quando l’Europa centro-orientale si confronta con il diritto sovranazionale, poiché, in tali frangenti, la

⁶⁰⁰ Cfr. S. CASSESE, *I Tribunali di Babele...*, cit., p. 5.

⁶⁰¹ Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996. L’Autore fa notare che la collaborazione basata sul dialogo fra Corti è fondamentale, poiché le Corti dialogano, hanno principi comuni, si riconoscono e si rispettano.

⁶⁰² Cfr. S. CASSESE, *I Tribunali di Babele...*, cit., p. 105.

collaborazione lascia spazio al timore di veder sacrificati sull'altare della primazia e della diretta applicabilità, la sovranità e l'indipendenza cui tali Paesi sono particolarmente legati. Non è solo l'est dell'Europa ad opporre riserve alla collaborazione sovranazionale ed internazionale, ma anche volgendo lo sguardo ad ovest si colgono frizioni tra ordinamenti, in particolare in quei "luoghi" necessariamente intangibili delle Costituzioni, ovvero le zone in cui la sovranità non può essere ceduta. Su tale versante, gli ordinamenti esaminati si somigliano straordinariamente, nella misura in cui ognuno di essi, con gradazioni differenti, accoglie (ed in taluni casi oppone) la dottrina dei controlimiti. Si pensi all'ordinamento italiano, "patria", assieme alla Germania, di tale teoria: in questo ordinamento la reticenza alla collaborazione si palesa, altresì, nel timore della Corte costituzionale di dialogare, in alcune sedi di giudizio, attraverso rinvio pregiudiziale, con la Corte di Giustizia; all'ordinamento francese, in cui la Questione Prioritaria di Costituzionalità "suggerisce" al giudice nazionale, in caso di doppia pregiudiziale, di risolvere prioritariamente la questione riguardante la costituzionalità della norma; infine, ai Paesi dell'est, particolarmente insicuri nei confronti del diritto sovranazionale e, conseguentemente, "aggressivi" nei confronti dello stesso.

Questa, tuttavia, è solo la "parte oscura" del sistema costituzionale multilivello, ovvero il lato della mancata cooperazione, in cui gli ordinamenti si dimostrano restii nel dialogo, mettendo in luce che questo non può (non deve) essere possibile in taluni ambiti. Anche questo, però, è un elemento positivo del sistema, giacché, come l'art. 4 del Trattato di Lisbona si è preoccupato di sottolineare, il rispetto delle identità nazionali diviene ricchezza e non *empasse* insuperabile. D'altronde, anche i controlimiti possono divenire strumento di dialogo, quantomeno nella misura in cui gli ordinamenti affermano che alcuni principi sono sottratti tanto al legislatore interno, quanto a quello esterno, mettendo in luce l'identità che caratterizza ogni singolo ordinamento giuridico. Dunque, non valenza negativa, ma positiva e propositiva della dottrina *Solange*.

Si potrebbe obiettare che tale "margine di autonomia" ha indotto taluni Stati, la Germania per prima, a discorrere della possibilità di dichiarare *ultra vires* le sentenze emesse, ad esempio, dalla Corte di Giustizia e che altri, la Repubblica Ceca, hanno accolto tale "suggerimento", ma, all'interno di un contesto più ampio, e tralasciando i timori nei confronti della *dottrina Simmenthal*, anche gli ordinamenti dell'est Europa sembrano aver compreso cosa significa Unione Europea, dimostrandolo in più di una pronuncia emessa dalle Corti costituzionali.

In tal senso, il pluralismo costituzionale sembra lentamente affermarsi, atteso che gli ordinamenti hanno ben chiara l'incapacità di monismo e dualismo di spiegare e inquadrare i fenomeni che il mondo moderno conosce, nell'ottica di una cooperazione, senza dubbio, destinata ad incontrare ancora battute d'arresto, ma, soprattutto, repentine accelerazioni. Ciò è dimostrato, in primo luogo, dal parametro costituzionale, elemento dal quale ha preso le mosse l'analisi, che negli ordinamenti di riferimento, ancorché con gradazioni nettamente dissimili, apre il Testo fondamentale alla collaborazione esterna, gettando le basi per il sistema multilivello.

Senza dubbio, i timori dell'est sembrano più marcati, ma lo erano anche quelli italiani prima dell'art. 117, comma 1 Cost., o prima del ricorso al rinvio pregiudiziale o alla marcata affermazione, negli anni Settanta, della dottrina dei controlimiti. Probabilmente l'apertura alla collaborazione esterna è un percorso, in cui si colgono, dapprima, gli elementi di negatività ed emergono le preoccupazioni di perdere il "diritto all'ultima parola"; in questa fase, le affermazioni delle Corti relative al potere di decidere sulla competenza delle competenza, non possono stupire, anche perché lasceranno fisiologicamente il posto ad argomentazioni maggiormente propositive. Se così non fosse, non scorgeremmo, ad oggi, una tendenza all'omogeneo trattamento domestico di CEDU e diritto dell'Unione, poiché ciò è indicatore della volontà di aprirsi e collaborare con ordinamenti sovranazionali.

L'architettura costituzionale europea, a noi pare, continuerà a rimanere una combinazione virtuosa di principi di diritto costituzionale e di diritto internazionale pubblico, ma anche una unione di elementi di federalizzazione e di confederazione, senza dubbio, un processo dinamico che valorizza, talora, elementi federali e, talaltra, elementi confederali. Ciò potrebbe costituire una debolezza, ma non lo è, poiché in tale contesto gli Stati nazionali non sono semplicemente sostituiti da un'altra entità sovrana, ma vivono in un sistema di sovranità coordinate (o, forse, intrecciate). Tuttavia, è proprio questo intreccio che dà vita al sistema multilivello, come anche ad una *governance* che vive tanto a livello regionale, quanto a livello sovranazionale.

Bibliografia

- AA.VV., *La question prioritarie de consitutionnalité. Pratique et contentieux*, Paris, 2010.
- AA.VV., *Le contrôle de constituionanalité par voie préjudiciele en France: quelles pratiques?*, Marseille, 2009
- A. ADINOLFI, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3/08
- A. ALBI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, 2005
- A. ALBI, *Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of "Co-operative Constitutionalism"*, in *European Constitutional Law Review*, 3/2007
- A. ALEMANNI, *Un "dietro le quinte" alla tragicommedia Melki: guerra o dialogo tra giudici?* in diritti.comparati.it
- R. ALONSO GARCIA, *Il giudice nazionale come giudice europeo*, in *Quaderni Costituzionali* 1/05
- P. W. C. AKKERMANS, *Paesi Bassi*, in E. PALICI DI SUNI PRAT, F. CASELLA, M. COMBA (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Padova, 2001
- S. AGOSTA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE, tra (ingiustificato?) horror obsequi della Corte costituzionale ed irresistibile vocazione espansiva del giudice conunitario*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa. Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio- 1 giugno 2002*, Torino, 2003
- G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione (alla luce dell'esperienza statunitense)*, Milano, 1964
- S. AMADEO, *I Trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 1999
- F. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Il Dir. dell'UE*, 3/2008
- D. ANZILOTTI, *Corso di Diritto internazionale*, Roma, 1914
- G. BALLADORE PALLIERI, *Le dottrine di Hans Kelsen e il problema dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1935
- B. BANASZAK, *La Costituzione polacca e il diritto dell'Unione europea*, in *DPCE* 3/04.

- G. BARILE, *Costituzione e diritto internazionale. Alcune considerazioni generali*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1986.
- G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi. L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1969
- G. BARILE, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980
- C. BARNARD, *The 'Opt-Out' for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?*, in www.law.cam.ac.uk/faculty.../10007309.pdf.
- S. BARTOLE, *Modelli di giustizia costituzionale a confronto: alcune recenti esperienze dell'Europa centro-orientale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1996
- S. BARTOLE, *Riforme costituzionali nell'Europa Centro- Orientale*, Bologna, 1993
- R. BELLAMY, D. CASTIGLIONE, *Democracy, Sovereignty and the Constitution of the Europe Union: The Republican Alternative to Liberalism*, in *European Law Journal*, n. 4/98.
- A. BERNARDINI, *Diritto internazionale generale e ordinamento interno*, in *Giur. Cost.*, 1961
- R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009
- P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le costituzioni di sette stati di recente ricostruzione*, Milano, 1996
- G. BISCOTTINI, *L'adeguamento del diritto italiano alle norme internazionali*, in *Jus*, 2/1951.
- R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006
- K. BLAIRON, *La questione prioritaria di costituzionalità: un bilancio ed alcune prospettive, un'esperienza francese di dialogo interistituzionale*, in AA.VV. (a cura di S. Gambino), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nordamericana*, Milano, 2012.
- N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 2007
- N. BOBBIO, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Torino, 1960
- M. BOBEK, D. KOSAŘ, *Report on the Czech Republic and Slovakia*, in O. POLLICINO, G. MARTINICO (a cura di) *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningem, 2010
- A. BONOMI, *Il "limite" degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008

- G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali.*, Bologna, 1976
- M. BRUTTI, voce *Ordinamento giuridico (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1992
- E. BULZI, *Tendenze comuni in Europa (Est e Ovest) nella recente giurisprudenza costituzionale in materia di controlimiti*, in *federalismi.it*
- A. M. CALAMIA, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale consuetudinario nelle più recenti costituzioni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1977
- M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil Constitutionnel e le Corti europee: dall'indifferenza al dialogo?*, in G. F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, 2006.
- R. CALVANO, *La Corte costituzionale 'fa i conti' per la prima volta con il nuovo art. 117 comma 1 Cost., Una svista o una svolta monista nella giurisprudenza costituzionale sulle questioni comunitarie?*, in *Giur. Cost.*, 2005
- C. CALVIERI, *"Il nuovo spazio europeo dei diritti fondamentali"*, Unical, 23 giugno 2011
- G. CAMPANELLI, *La sentenza 129/2008 della Corte costituzionale e il valore delle decisioni della Corte EDU: dalla ragionevole durata alla ragionevole revisione del processo*, in *giurcost.org*
- G. CAMPANELLI, *Le clausole d'apertura in materia di diritti fondamentali: un'ipotesi di comparazione*, in *DPCE 1/2002*
- E. CANNIZZARO, *Democrazia e sovranità nei rapporti fra gli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2000
- E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne*, in *Riv. Dir. internaz.*, 1993
- E. CANNIZZARO, *Gli effetti degli obblighi internazionali e le competenze estere di Stato e Regioni*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002
- E. CANNIZZARO, *La riforma "federalista" della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. di dir. internaz.*, 2001
- E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte Costituzionale*, in *Riv. di dir. internaz.*, 2008
- E. CANNIZZARO, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, 1991
- E. CANNIZZARO, voce *Trattato internazionale (adattamento al)*, in *Enciclopedia del Diritto XLIV*, Milano, 1992
- L. CAPPUCCHIO, *Le condizioni di adesione all'Unione Europea*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Torino, 2006

- A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, 1999
- A. CASSESE, *Modern Constitutions and International Law. Recueil des Cours*, 1985
- S. CASSESE, *L'Unione Europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 9/2009
- S. CASSESE, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un ordine globale*, Roma, 2009
- L. CARLASSARE, *Adattamento ordinario e referendum abrogativo*, in *Giur. Cost.*, 1981
- M. CARTABIA, *Allargamento e diritti fondamentali nell'Unione europea. Dimensione politica e dimensione individuale* in S. GUERRIERI, A. MANZELLA, F. SDOGANI (a cura di), *Dall'Europa a Quindici alla grande Europa. La sfida istituzionale*, Bologna, 2001
- M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007
- M. CARTABIA, *Ispirata alla volontà degli Stati*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2005
- M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2009
- M. CARTABIA *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.
- CATALANO, *L'incidenza del nuovo articolo 117, comma 1, Cost. sui rapporti fra norme interne e norme comunitarie*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006
- A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 2010
- P. CEDE, *Report on Austria and Germany*, in O. POLLICINO, G. MARTINICO (a cura di) *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningem, 2010
- A. CELOTTO, T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6/2004
- S.M. CICONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Torino, 2001
- M. CLAES *Le "clausole europee" nelle costituzioni nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2005
- A. COLANTUONI, *Una difficile integrazione: il Regno Unito e l'Unione europea*, in AA.VV., *Sovranità, rappresentanza, democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Napoli, 2000
- G. COLAVITTI, C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso? Nota a Consiglio di Stato, sent. 2 marzo 2010, n. 1220*, in [associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

- L. CONDORELLI, *Interpretazione giurisdizionale ed interpretazione autentica di Trattati internazionali nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1973
- B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006
- R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in *federalismi.it*
- V. COSTANTINESCO, S. PIERRE'-CAPS, *Droit consitutionnel*, Paris, 2004
- P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, 2009
- V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1960.
- G. D'ALESSANDRO, *Prime impressioni sull'impatto della costituzionalizzazione del "vincolo comunitario" sulla giurisprudenza costituzionale*, *Intervento al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", La Corte e le Corti, Copanello, 31 maggio-1 giugno 2002*
- A. D'ATENA, voce *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Tomo I, Roma, 1998
- C. DECARO, *L'ordinamento francese nella dimensione europea fra europeizzazione della Constitution e costituzionalizzazione del diritto europeo*, in M. CAVINO, A. DI GIOVINE, E. GROSSO (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Dossier IV DPCE, 2010.
- S. DELICOSTOPOULOS, *Grecia*, in E. PALICI DI SUNI PRAT, F. CASELLA, M. COMBA (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Padova, 2001
- G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, *Handle with Care! The Regional Charters and Italian Constitutionalism's 'Grey Zone'*, in *European Constitutional Law Review*, n. 5/2009.
- A. DI GREGORIO, *Giustizia costituzionale e diritto internazionale nei Paesi dell'Europa centro-orientale e balcanica*, in M. GANINO, G. VENTURINI (a cura di), *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, Milano, 2001
- A. DI GREGORIO, *Riforme costituzionali ed integrazione europea: il caso dei nuovi membri dell'Est*, in DPCE 4/2004
- E. DI STEFANO, *Verso un patrimonio costituzionale comune. Riflessioni a margine della sentenza n. 102 del 2008*, in *Consultaonline.it*
- R. DICKMANN, *Il rilievo del diritto internazionale dei diritti umani nell'interpretazione costituzionale*, in *federalismi.it*

- J. C. ESCARRAS, *Il trattato di Maastricht e la Costituzione francese*, in *Quaderni costituzionali*, 1993
- C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e 'altre' leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, tomo III, Milano, 1963
- F. FABBRINI, *La guerre des juges franco-europea (Atto IV e Epilogo)*, in *diritticomparati.it*
- F. FABBRINI, *Sulla "legittimità comunitaria" del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Melki*, in *Quad. Cost.*, 4/2010
- A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, Milano, 1999
- G. F. FERRARI, *La Convenzione europea e la sua incorporation nel Regno Unito*, in *Riv. di diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999
- G. M. FLICK, *A proposito della sentenza del Bundesverfassungsgericht: un bicchiere mezzo vuoto o mezzo pieno?*, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/19_10_09_Flick.pdf
- V. FROSINI, voce *Ordinamento Giuridico (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1992
- D. GALETTA, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2011
- S. GAMBINO *I diritti fondamentali dell'Unione Europea fra 'Trattati' (di Lisbona) e Costituzione*, in *federalismi.it* n. 1/2010
- S. GAMBINO, *La Carta e le Corti costituzionali. Controlimiti e protezione equivalente*, in *Politica del diritto*, 3/2006
- S. GAMBINO, *La protezione "multilevel" dei diritti fondamentali (fra Costituzione, trattati comunitari e giurisdizioni)*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, II, Napoli, 2008
- M. GANINO, *Democrazia e diritti umani nelle costituzioni dei Paesi dell'Europa orientale*, in M. M. GANINO, G. VENTURINI (a cura di), *L'Europa di domani*, Milano, 2001
- M. GANINO, *La designazione dei candidati nel procedimento elettorale degli Stati socialisti europei e la Legge polacca del 29 maggio 1985*, in *Quaderni costituzionali*, 1/1987
- C. GERACI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981

- G. GERBASI, D. LOPRIENO, *L'apertura del diritto costituzionale al diritto internazionale dei diritti umani negli ordinamenti dell'Europa continentale*, in DPCE, 2002
- G. GERBASI, *Forme e strumenti del (necessario) dialogo giudiziario nella complessa (e sui generis) architettura giudiziaria europea*, in *Civitas Europa* 20/2008
- G. GERBASI, *La Corte costituzionale tra giudici comuni nazionali e Corti europee alla ricerca di una più efficace tutela dei diritti fondamentali*, in S. GAMBINO (a cura di), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nord-americana*, Milano, 2012
- G. GERBASI, *Le tutele euro-costituzionali dei diritti fondamentali tra Corti e fonti normative*, Cosenza, 2004
- G. GHIRARDINI, *La comunità internazionale e il suo diritto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1919
- M. GIULIANO, *La Comunità internazionale ed il diritto*, Padova, 1950
- S. GOZI, *"I Balcani e la Grande Europa: tra allargamento e vicinato"*, in S. GAMBINO (a cura di), *"Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche"*, Milano, 2003
- T. GROPPI, A. CELOTTO, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, in *Riv. it. dir pubbl.com*, 2004
- B. GUASTAFERRO, *Il Trattato di Lisbona tra il "custode" della sovranità popolare e il "custode" della Costituzione: la triplice "riserva" apposta al Trattato dal Bundesverfassungsgericht*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2010
- R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998
- J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996
- G. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma- Bari, 2004
- C.W. JENKS, *The Common Law of Mankind*, New York, 1958
- M. KALDOR, I. VEJVODE, *Democratization in Central and Eastern Europe*, London, New York, 1999.
- H. KELSEN, *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1994
- H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, 1989
- H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano 1981
- H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000
- H. KELSEN *Teoria generale del Diritto e dello Stato*, Milano, 2000

- Jan Komarek, *Playing With Matches: The Czech Constitutional Court's Ultra Vires Revolution*, commento per Verfassungsblog.
- K. KOWALIK-BAŃCZYK, *Report on Poland* in O. POLLICINO, G. MARTINICO (a cura di) *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningem, 2010
- M. KRÓL, *Democracy in Poland*, in M. KALDOR, I. VEJVODE, *Democratization in Central and Eastern Europe*, London, New York, 1999
- A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milano, 1967
- A. LA PERGOLA, *Costituzione e integrazione europea: il contributo della giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999
- F. LAFAILLE, *Hic sunt leones. La question prioritaire de constitutionnalité en France (à la lumière de quelques comparaisons tirées du droit italien*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* - N.00 del 02.07.2010.
- Y. LAURANS, *La résistance des cours suprêmes à la primauté du droit de l'Union Européenne: entre dialogue horizontal et monologues parallèles*, in *Civitas Europa*, n. 20/2008
- F. LIBERATI, *Corte costituzionale e giudici comuni nell'adattamento della CEDU al diritto interno: tra tentativo di disapplicazione e obbligo di interpretazione conforme a Convenzione*, in *federalismi.it*
- C. LIPARTITI, *L'adattamento degli ordinamenti interni al diritto internazionale nelle Carte Costituzionali*, in *Arch. Giur.*, 1953
- J.J. LINZ, STEPAN A., *L'Europa post-comunista*, Bologna, 2000
- F. LUCHAIRE, G. CONAC (a cura di), *La constitution del république française*, Paris, 1987.
- E. MAK, *Report on the Netherlands and Luxembourg*, in O. POLLICINO, G. MARTINICO (a cura di) *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningem, 2010
- T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milano, 2010
- G. MARTINICO, *Il dialogo fra le Corti nell'arena del Gattopardo: l'Europa fra novità costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, in S. STAIANO (a cura di), *Atti del Convegno annuale del "Gruppo di Pisa"*, Capri, 3-4 giugno 2005, Torino, 2005

- G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009
- G. MARTINICO, O. POLLICINO, *Report on Italy*, in G. MARTINICO (a cura di) *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningem, 2010
- G. MARTINICO, *Non c'è più rispetto!! Appunti sul rapporto fra il sistema giudiziario nazionale e la Corte di giustizia*, in diritticomparati.it
- N. MAZIAU, *Le costituzioni internazionalizzate. Aspetti teorici e tentativi di classificazione*, in DPCE, 4/02
- M. MAZZA, *La Giustizia costituzionale in Europa Orientale*, Padova, 1999
- L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010). Atti del Convegno internazionale di studi, Bologna, 5 marzo 2010*, Torino, 2011
- L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, 2003.
- F. MODUGNO, *Legge, Ordinamento giuridico pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1985.
- F. MODUGNO, voce *Ordinamento giuridico (dottrine)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1992
- L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002
- L. MONTANARI, *Le nuove democrazie dell'Europa centro-orientale*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2011
- L. MONTANARI, *Le tecniche di adattamento alla Cedu come strumento di garanzia dei diritti: un'analisi comparata delle soluzioni adottate negli ordinamenti nazionali*, in AAVV, *I diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2002
- P. MORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Riv. Dir. Int.*, 1983
- C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998
- C. MORTATI, *Corso di lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Roma, 1958
- C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, 1991
- C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo II, Padova, 1976

- C. C. MURPHY, *Report on the U.K. and Ireland*, in , in O. POLLICINO, G. MARTINICO (a cura di) *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningem, 2010
- B. NASCIMBENE, *Le procedure di adesione all'Unione Europea*, in M. M. GANINO, G. VENTURINI (a cura di), *L'Europa di domani*, Milano, 2001
- T. ÖHLINGER, *Austria*, in E. PALICI DI SUNI PRAT, F. CASELLA, M. COMBA (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Padova, 2001
- L. PALADIN, *Forma italiana di governo ed appartenenza dell'Italia all'Unione Europea*, in *Quaderni Costituzionali*, 3/1994.
- S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005
- P. PAONE, *Saggi di diritto e di organizzazioni internazionali*, Milano, 1977
- L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, 1998
- S. PENASA, *Tanto rumore per nulla o meglio tardi che mai? Ancora sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale, tra dubbi ermeneutici e possibili applicazioni future*, in forumcostituzionale.it
- T. PERASSI, *La Costituzione italiana e l'ordinamento internazionale*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1958
- T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Padova, 1957
- T. PERASSI, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1917.
- P. PERLINGERI, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 1997
- I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999
- A. PERTICI, *La Corte Costituzionale e la Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti europee. Atti del seminario (Copanello, 31 maggio- 1 giugno 2002)*, Torino, 2003
- L. PESOLE, *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008*, in federalismi.it.
- S. PIERRE'-CAPS, *“La questione prioritaria di costituzionalità e l'articolazione del controllo di costituzionalità e del controllo di convenzionalità nella protezione dei diritti fondamentali in Francia”*, in AA.VV. (a cura di S. Gambino), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nordamericana*, Milano, 2012.

- G. PILI, *Il nuovo “smalto costituzionale” alla CEDU agli occhi della Consulta*, in forumcostituzionale.it
- C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività*, Milano, 1990
- C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro.it*.
- A. PITINO, *Il monismo francese e i controlimiti all'integrazione dell'ordinamento interno con l'ordinamento dell'Unione europea*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *La Costituzione francese. Atti del convegno biennale dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, 2009.
- A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008
- F. POLACCHINI, *Cedu e diritto dell'Unione Europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in giurcost.org
- O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a Est e rapporti tra Corti Costituzionali e Corti Europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale?*, Milano, 2010
- O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi: tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona*, in DPCE 1/08
- P. POPELIER, *Report on Belgium*, in O. POLLICINO, G. MARTINICO (a cura di) *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningem, 2010
- C. PRETTO, *Doppi standard di tutela: reciproca “influenza” fra “nuova” e “vecchia” Europa*, in DPCE 4/08
- R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968
- R. QUADRI *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1989
- A. RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in giurcost.org
- A. RANDAZZO, *I controlimiti al primato comunitario: un futuro non diverso dal presente?*, in forumcostituzionale.it.
- A. RANDAZZO, *La teoria dei controlimiti riletta alla luce del Trattato di Lisbona: un futuro non diverso dal presente?*, in diritticomparati.it
- A. RANDAZZO, *I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?*, in www.forumcostituzionale.it
- B. RANDAZZO, *La CEDU nella giurisprudenza costituzionale*, in giurcost.it

- T. S. RENOUX, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *La Costituzione francese. Atti del convegno biennale dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, 2009.
- S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, Firenze, 1918
- R. ROMBOLI, *Premessa a Le modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Foro.it*
- N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2009
- N. RONZITTI, *L'adattamento dell'ordinamento italiano alle norme imperative del diritto internazionale*, in *Rass. Parlam.*, 2002
- D. ROUSSEAU, *La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ?*, RDP, 3-2009
- A. RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla teoria della separazione alla prassi dell'integrazione intersistemica?*, in *Giur. cost.*, 1991
- A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in *rivistaaic.it*
- A. RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, Relazione all'incontro di studio su *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Roma 28 febbraio-2 marzo 2007
- A. RUGGERI, *Costituzione europea, "deformalizzazione" delle dinamiche della normazione e bilanciamento di ordine assiologico nella prospettiva della costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in www.centrostudiparlamentari.it/index.php?option...it
- A. RUGGERI, *Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione "multilivello" del sistema delle fonti*, in *forumcostituzionale.it*
- A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Milano, 2009
- A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico- sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *DPCE*, 2008
- A. RUGGERI, *Le pronunzie della Corte costituzionale come "contro limiti alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario?"*, in *forumcostituzionale.it*;

- A. RUGGERI, *Quale “sistema” delle fonti dopo la riforma del titolo V?*, Relazione all’incontro di studio su *Sistema delle fonti ed esercizio della giurisdizione dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Roma 19- 20 gennaio 2006
- A. RUGGERI, *Rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- A. RUGGERI, *Riforma del Titolo V e “potere estero” delle Regioni (Notazioni di ordine metodico- ricostruttivo)*, in *Dir. e Soc.*, 2003
- A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in forumcostituzionale.it
- A. RUGGERI, *“Trattato costituzionale” e prospettive di riordino del sistema delle fonti europee e nazionali, al bivio tra separazione ed integrazione*, in *DPCE* 2/2005;
- A. SACCUCCI, *L’entrata in vigore del Protocollo n. 14 e le nuove regole procedurali per la sua applicazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, n. 4.
- A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10. 2 de la Constitución española*, Madrid, 1999
- F. SALMONI, *La Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in associazionedeicostituzionalisti.it
- A. SCHILLACI, *Il Consiglio di Stato e la CEDU*, in diritticomparati.it.
- A. SCHILLACI, *Limitazioni di sovranità e modelli di disciplina delle relazioni tra diritto interno, internazionale e comunitario: il caso francese*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2/06.
- V. SCIARABBA, *Il problema dell’intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e... legislatore?*, 2008, in giurcost.org.
- V. SCIARABBA, *La riapertura del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: profili di comparazione*, in *DPCE*, 2/2009
- V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*, 2007
- S. SILEONI, *La Corte costituzionale polacca, il mandato d’arresto europeo e la sentenza sul Trattato di Adesione all’UE*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2005
- G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasformazione di un concetto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996
- D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, 2001

- A. SINAGRA, P. BARGIACCHI (a cura di), *Lezioni di Diritto Internazionale pubblico*, Milano, 2009
- A. SINAGRA, *Diritto e Giustizia. Ragione e Sentimento*, Roma, 2004
- R. SOCINI, *L'adeguamento degli ordinamenti statuali all'ordinamento internazionale*, Milano, 1954
- F. SORRENTINO, *La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/1993
- G. SPERDUTI, *Osservazioni sulle basi sociali dell'ordinamento internazionale* in *Rivista di diritto internazionale*, 1963
- S. STAIANO, *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino 2006
- E. STEIN, *International Law in Internal Law: Toward Internationalization of Central-Eastern European Constitution?* in *American Journal of Comparative Law*, 1994
- C. STORINI, *Integrazioni europea e Costituzioni nazionali: la insuperabile inefficienza delle clausole "Unione Europea"*, in AA.VV., *Sovranità, rappresentanza, democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Napoli, 2000.
- G. STROZZI, *Regioni e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1983
- D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in forumcostituzionale.it
- D. TEGA, *Il seguito delle sentenze di condanna della Corte dei diritti di Strasburgo: è nato un quarto grado di giudizio?*, in forumucostituzionale.it
- D. TEGA, *Il sistema di protezione di CEDU e l'ordinamento italiano*, in forumcostituzionale.it
- A. TORRES PÉREZ, *Report on Spain*, in O. POLLICINO, G. MARTINICO (a cura di) *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningem, 2010
- H. TRIEPEL, *Diritto internazionale e Diritto interno*, Torino, 1913
- G. TUNKIN, *Theory of Internationa Law*, Mosca, 1970
- V. P. TZEVELEKOS, S. E. VETSIKA, *Report on Greece*, in O. POLLICINO, G. MARTINICO (a cura di) *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningem, 2010
- L. VIOLINI, *Tra il vecchio e il nuovo. La sentenza Lissabon del Bundesverfassungsgericht alla luce dei suoi più significativi precedenti: Solange, Maastricht, Bananen*, in

http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Violini_Relazione_Convegno-21_09_09.pdf

N. WALKER, *Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union*, in *European Law Journal*, n. 4/98

C. ZANGHI', *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in giurcost.org;

J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europafreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte federale Tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it.Dir.Pubbl.Com.*, 2009

