



Rivista N°: 4/2018
DATA PUBBLICAZIONE: 30/12/2018

AUTORE: Roberto Bin*

CHI È IL GIUDICE DEI DIRITTI? IL MODELLO COSTITUZIONALE E ALCUNE DEVIAZIONI

Sommario: 1. Il modello costituzionale – 2. Il primo scostamento: la legge – 3. Il secondo scostamento: il rinvio pregiudiziale e gli effetti diretti - 4. Il terzo scostamento: la degenerazione della giurisprudenza EDU – 5. Il quarto scostamento: la Corte e la rilevanza – 6. Per una restaurazione del modello costituzionale: laude al “provincialismo costituzionale – 7. Per una restaurazione del modello costituzionale: le “zone franche” sono incostituzionali – 8. Per una restaurazione del modello costituzionale: il convitato di pietra.

1. Il modello costituzionale

Il modello costituzionale della tutela dei diritti è lineare e facilmente intellegibile. Esso si basa su tre pilastri:

Il primo pilastro è definito dagli artt. 24 («Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi») e 113 («Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa»).

Il secondo pilastro è posto dall'art. 28 («I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti»).

Il terzo pilastro è dato dall'art. 134 («La Corte costituzionale giudica... sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni») e dalle norme conseguenti sulla impugnazione incidentale delle leggi (art. 1, legge cost. 1/1948; art. 23 e 30, legge 87/1953).

Sono disposizioni notissime, ampiamente studiate e commentate, per cui non mi trattengo a illustrarne il significato; concentro l'attenzione sul modello di tutela dei diritti che ne

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Ferrara

emerge. I tratti salienti sono i seguenti: il giudice dei diritti è il giudice ordinario, affiancato dal giudice amministrativo; ai loro uffici possono rivolgersi tutti per rivendicare la tutela dei propri diritti e interessi (userò il termine 'diritto' in senso generico, senza distinguere tra diritto soggettivo e interesse legittimo) e far valere la responsabilità degli agenti che li hanno violati. Al giudice si richiede l'applicazione corretta della legge, perché è la legge ordinaria lo strumento con cui i diritti sono riconosciuti e sono definite le condizioni per la loro rivendicazione.

Il che significa che a chi rivendica la tutela di un diritto si aprono due strade, profondamente diverse: se il diritto rivendicato ha già ottenuto un riconoscimento legislativo, è al giudice che va avanzata la richiesta di applicare la legge e di perseguire i funzionari pubblici che la hanno violato; se invece il diritto è ancora allo stato di rivendicazione sociale non coronata da una disciplina legislativa, è al legislatore che va rivolta la richiesta di riconoscimento. Sono evidentemente strade diverse che conducono a risultati diversi.

Il principio fondamentale della giurisdizione è che i giudici devono rispondere nei limiti della domanda e questa deve essere formulata nei modi fissati dalle norme processuali. Nel sistema italiano – non in quello costituzionale, però, ma in quello alimentato dalle norme processuali - ci si può rivolgere al giudice esclusivamente per ottenere il riconoscimento di un diritto, oppure l'estensione o il rafforzamento della sua tutela: il ricorso al giudice dà voce ad una pretesa di affermazione o espansione del diritto individuale, altrimenti verrebbe a mancare l'interesse ad agire (art. 100 cod. proc. civ.), che è una delle condizioni di ammissibilità della domanda. Avere interesse significa dimostrare che il provvedimento richiesto appare idoneo e necessario per rimuovere la lesione del proprio diritto¹. Il giudice è tenuto a fornire una risposta alla domanda (principio di corrispondenza tra il richiesto e il pronunciato: art. 112 cod. proc. civ.), e deve pronunciarsi anche in assenza di una norma espressa per il caso, non essendo ammesso il non liquet e, al contrario, sanzionato il "diniego di giustizia"². Negli hard cases, che sono tali perché la legislazione vigente non fornisce un'espressa "norma del caso", spetta al giudice elaborarla, partendo dai principi costituzionali e della legislazione ordinaria, sfruttando ogni fonte di argomentazione che possa essergli utile a sostenere la conclusione. Che sia positiva o negativa per la domanda, la conclusione sarà una "buona sentenza" se provvederà a rispondere alla domanda restando nei ristretti limiti di essa.

Può accadere però – e frequentemente accade – che al giudice si chieda qualcosa di più della semplice applicazione della legge che tutela un diritto, qualcosa che va oltre a quanto possa essere riconosciuto al ricorrente sulla base dell'interpretazione delle disposizioni legislative, ma che appare fondato nei principi costituzionali. Il modello costituzionale di tutela dei diritti indica chiaramente la strada da seguire: se il giudice ritiene di non poter "forzare" la lettera della legge con un'interpretazione "costituzionalmente orientata", potrà, anche su istanza di parte, sollecitare l'intervento della Corte costituzionale, la cui sentenza, se favorevole all'individuo, colpirà la legge "nella parte in cui" la tutela del diritto non è sufficiente-

¹ Così L.P. CAMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna 1998², p. 246.

² Art. 3 della legge 117/1988 sulla responsabilità civile dei magistrati.

mente assicurata. La ricca tipologia di pronunce che la Corte ha elaborato per assicurare questo risultato è notissima, ma resta evidente che, nel modello costituzionale, ciò non trasforma la Corte costituzionale nel “giudice dei diritti”. Il compito di tutelare i diritti resta saldamente attribuito al giudice ordinario, mentre la Corte costituzionale interviene per aiutare il giudice ad applicare la legge ordinaria senza disapplicare la Costituzione. Interviene però se e soltanto se sia dimostrato che non è possibile elaborare, sulla base delle disposizioni vigenti e attraverso il ricco strumentario dell’interpretazione, una norma che garantisca al diritto rivendicato dall’individuo una tutela sufficiente rispetto alle garanzie costituzionali.

Il “caso Englaro” è emblematico. Quando il padre di una ragazza che da sedici anni giaceva in stato vegetativo permanente chiese al giudice civile di ordinare la rimozione del tubo di nutrizione artificiale, lasciandola morire “naturalmente”, il tribunale civile rispose che non c’era una norma legislativa che disciplinasse il caso e che perciò un giudice comune non poteva prendere una decisione che, provocando la sospensione della nutrizione artificiale, avrebbe certamente causato la morte della paziente: citando una decisione della Corte EDU³, il giudice negò che esistesse un “diritto a morire” e aggiunse che, mancando una precisa norma di legge, tra il diritto alla vita, da un lato, e il diritto di auto-determinazione e di rifiuto del trattamento medico, dall’altro, il primo avrebbe comunque dovuto prevalere⁴. La decisione venne rovesciata in Cassazione⁵, la quale ritenne di individuare nell’art. 32.2 Cost. - che riconosce il diritto individuale a rifiutare qualsiasi trattamento medico - la premessa per risolvere il caso a favore del ricorrente, ponendo alcune condizioni perché il tutore sia autorizzato ad esprimere la volontà della persona incapace di esercitare il diritto di scelta. Siccome non esisteva una disposizione di legge che impedisse di raggiungere questo risultato in via interpretativa - altrimenti avrebbe potuto impugnarla davanti alla Corte costituzionale - la Cassazione “derivò” la norma del caso direttamente dai principi costituzionali.

2. Il primo scostamento: la legge

Proprio il “caso Englaro” denuncia il malfunzionamento del presupposto implicito del modello costituzionale di tutela dei diritti: esso vuole che sia il legislatore a definire i diritti da riconoscere e le modalità della loro tutela. Il problema divideva profondamente l’opinione pubblica, gli schieramenti politici anche al loro interno e persino gli organi costituzionali. L’apice lo si raggiunse quando il parlamento fece ricorso alla Corte costituzionale lamentando che la Corte di cassazione aveva invaso la funzione legislativa emanando una regola generale e quindi sostituendosi al legislatore. La Corte costituzionale lo dichiarò inammissibile⁶, perché nulla impediva al parlamento di approvare - finalmente - una legge in materia, men-

³ Decisione del 29 aprile 2002 (*Pretty c. Regno Unito*: appl. no. 2346/02).

⁴ Corte d’Appello di Milano, decreto 16.12.2006, in *Foro it.*, 2007, p. 571.

⁵ Corte di Cassazione, sez. I civ., sent. 21748/2007.

⁶ Ord. 334/2008.

tre, al contrario, al parlamento non era consentito di interferire con la funzione giurisdizionale e sindacare il modo con cui i giudici svolgono i propri compiti.

Questa vicenda ci spiega quale sia il primo fattore che pone in crisi il sistema costituzionale di tutela dei diritti: il malfunzionamento della produzione legislativa. È infatti dalla legge che prende spunto tutto il resto, dal compito dei giudici di assicurare agli individui la tutela dei diritti (come disciplinati dal legislatore), alla possibilità di promuovere il ricorso alla Corte costituzionale nei casi in cui la tutela legislativa risultasse insufficiente rispetto alle garanzie costituzionali. La richiesta sociale di riconoscimento dei diritti, specie dei c.d. *nuovi diritti* (come quello ad una morte dignitosa, su cui verteva il caso Englaro), non dovrebbe di regola essere rivolta al giudice, ma al legislatore. Questa sarebbe la via maestra, che non è affatto complanare rispetto al ricorso al giudice. La differenza è evidente: mentre al giudice si pone una domanda individuale di riconoscimento del proprio diritto, e si ottiene una risposta altrettanto individuale (che potrà imporsi come soluzione generale solo attraverso la forza del precedente giudiziario o persuadendo la Corte costituzionale a incidere sul tessuto legislativo rimuovendo gli ostacoli all'affermazione del diritto), al legislatore si chiede un riconoscimento in via "generale e astratta". Ma non c'è solo questo: il giudice, riconoscendo la fondatezza della pretesa dell'individuo, risponde nei termini della domanda, ossia in relazione al caso concreto e lo fa sulla base di una fonte normativa posta, della cui esistenza deve dare conto e della cui interpretazione si deve fare - motivando - carico. Il dispositivo della sua sentenza non potrà contenere una completa disciplina delle modalità e dei limiti di garanzia del diritto in questione, ma dirà soltanto se in quelle determinate condizioni fattuali il diritto è o meno riconosciuto e tutelato. Ogni affermazione del giudice – anche del giudice delle leggi, in fondo – è corredata dalla clausola implicita *rebus sic stantibus*, che non chiude mai lo spazio di intervento del legislatore.

Per la legislazione è tutto diverso. Se il legislatore fa sua l'istanza sociale al riconoscimento di un diritto, produrrà una disciplina stabile dell'esercizio di quel diritto, in cui si specificheranno però anche le condizioni e i limiti a cui esso è sottoposto. Come spesso afferma la Corte costituzionale quando rigetta la questione di legittimità, spetta al legislatore fissare i termini del bilanciamento tra un diritto individuale e gli altri diritti o interessi generali.

Dunque, mentre il giudice riceve e accoglie (se accoglie) una richiesta di tutela espressa in termini assoluti, ma circoscritta nel perimetro tracciato dalla sequenza caso-domanda-interesse ad agire, al legislatore spetta di dare al diritto in questione un riconoscimento generale ma circostanziato, cioè di affermare contestualmente il diritto e i suoi limiti. Il giudice può amministrare la concorrenza degli interessi nei termini in cui essi siano fissati dalla legge e rappresentati nel giudizio; il legislatore invece deve prefigurarsi – anche stimolato dal dibattito parlamentare – tutti gli interessi che possono essere incisi dal riconoscimento legislativo di un determinato diritto, e provvedere a regolarne il concorso. Questo spiega perché certe organizzazioni d'interessi (ambientaliste, dei consumatori, etico-religiose ecc.), che hanno in cura quelli che loro vantano come "valori non negoziabili" - e sono perciò poco propense alla trattativa e alla negoziazione politica (che sono necessarie in una società pluralista e proprie del procedimento parlamentare) - preferiscono la via giudiziaria a quella parlamentare, la sentenza piuttosto che la legge. Preferiscono *usare* il diritto davanti agli organi

giudiziari, piuttosto che battersi per *produrlo* attraverso i metodi della democrazia rappresentativa. È l'affermazione incondizionata di un diritto, di un interesse o di un «desiderio infinito e impossibile»⁷ quello cui mirano, non il confronto con gli altri interessi, inevitabile in un'arena politica.

Perciò si può dire che l'eccessiva pressione sulla giurisdizione e la "fuga dalla legislazione" concorrono a provocare frantumazione sociale, e tendono a svalutare i momenti di mediazione e di coesione che dovrebbero essere propri del processo legislativo. Ma è vero anche l'inverso: la frantumazione sociale e la difficoltà delle mediazioni politiche ostacolano un accettabile funzionamento del canale legislativo, rendono lunghe e complicate le procedure parlamentari, difficoltose le mediazioni politiche, ardue da interpretare le formule legislative frutto di compromessi linguistici. E tutto ciò riapre e intorbidisce lo spazio entro cui deve muoversi l'interprete e decidere il giudice.

Si aggiunga che, se il processo legislativo serve a individuare i punti di bilanciamento tra interessi contrastanti nella definizione della tutela dei diritti, i limiti che il legislatore pone ai diritti non possono essere arbitrari. Spetta alla Corte costituzionale verificarne la ragionevolezza, e lo fa – ancora una volta – su impulso di parte. La giurisprudenza costituzionale è piena di censure rivolte a bilanciamenti di interessi che il legislatore ha tracciato – talvolta maldestramente, talvolta in modo troppo rigido, talvolta senza considerare altri interessi che pure risultano coinvolti. Per ognuna di queste censure c'è, in origine, un giudice che ha accolto la contestazione mossa da un individuo, il quale ha sostenuto l'irragionevole compressione del *suo* diritto nella particolare circostanza descritta dal *suo* caso. Il giudice è sempre sollecitato a spingere verso l'allargamento della tutela del diritto individuale; la legge ne segna invece il limite, il punto in cui la tutela cede alla garanzia di altri interessi. Le formazioni sociali che si coagulano nella rivendicazione di un "nuovo" diritto bussano alla porta dei giudici per chiedere un riconoscimento sia pure delimitato dal perimetro del caso concreto, dalla "specificità" e "particolarità" della situazione. Più sono capaci di restringere le implicazioni del caso e ad abbassare il livello ideologico della loro richiesta di riconoscimento, meno corrono il rischio di far irrigidire il giudice, il quale giustamente teme di sconfinare dall'ambito della giurisdizione⁸. In alternativa, le formazioni sociali possono innescare una battaglia politica per il riconoscimento per legge delle loro pretese; ma essa mobiliterà tutti gli interessi antagonisti, che spingeranno per una stretta delimitazione (se non per il disconoscimento) del diritto invocato.

Quando la risposta legislativa finalmente arriverà e le visioni concorrenti dei principi costituzionali avranno ricevuto una selezione "imperiale" imposta dall'autorità politica, la questione non sarà affatto chiusa. Frutto di una mediazione politica tra istanze contrastanti,

⁷ M. A. GLENDON, *Rights Talk*, New York 1991, p. 45.

⁸ Si possono ricordare *self-restraint* storici, come quello della Cassazione del 1906 di fronte alla rivendicazione del diritto elettorale da parte delle donne («riforme di questa natura nella sfera del pubblico diritto non possono senza una lunga e studiata preparazione e senza una matura ponderazione di tutte le conseguenze che in qualunque senso potranno da esse derivare e ripercuotersi su tutta la vita dello Stato») o quella, molto più recente, ma non distante come impostazione, della Corte costituzionale in materia di matrimonio omosessuale (sent. 138/2010).

la legge riconoscerà margini limitati e condizionati al diritto rivendicato, innescando una nuova battaglia sociale e legale per oltrepassarli. In origine si trattava di rimuovere gli ostacoli che gli apparati pubblici o gli interessi privati opponevano di fatto all'esercizio in concreto del diritto; ora invece l'obiettivo diventa la rimozione dei limiti posti dalla nuova legge all'esercizio del diritto, dei quali si contesta la razionalità, la ragionevolezza o la proporzionalità. Come in precedenza, tribunali amministrativi e giudici ordinari non basteranno a soddisfare la domanda degli individui. Talvolta possono agire in via d'interpretazione, adeguando il significato delle disposizioni legislative alla coscienza sociale; altre volte saranno il tramite per il giudizio della Corte costituzionale, alla quale devono indicare in quale direzione la disciplina normativa andrebbe modificata.

In conclusione, la via maestra per la rivendicazione dei diritti, la legislazione, si rivela molto spesso difficile da percorrere e non capace di soddisfare la "domanda sociale" di riconoscimento: domanda che pertanto esonda da questo canale e si riversa sull'altro, quello della giurisdizione.

3. Il secondo scostamento: il rinvio pregiudiziale e gli effetti diretti

Il modello costituzionale di tutela dei diritti è in principio un mondo chiuso, avvolto nella membrana della sovranità e difeso dal principio di esclusività. I diritti sono disciplinati dalla legislazione statale, nell'ambito della Costituzione, e applicati dai giudici nazionali, con l'ausilio della Corte costituzionale.

Queste premesse oggi vacillano. Il primo serio colpo è stato sferrato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, a partire dalla fondamentale sentenza *van Gend & Loos*⁹. È qui che per la prima volta la Corte di giustizia elabora la dottrina degli effetti diretti. Anche queste sono cose notissime: l'ordinamento comunitario – spiega la Corte - «nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal trattato ai singoli, agli stati membri o alle istituzioni comunitarie». Siccome il trattato sancisce, per esempio, il divieto di introdurre dazi doganali e tasse equivalenti, «pone un divieto chiaro e incondizionato che si concreta in un obbligo non già di fare, bensì di non fare... per sua natura perfettamente atto a produrre direttamente degli effetti sui rapporti giuridici intercorrenti fra gli Stati membri ed i loro amministratori».

*Costa v. Enef*¹⁰ non fa che ripetere e stabilizzare il concetto, legandolo ancora all'interpretazione del trattato: se questo vieta agli Stati di ostacolare le libertà di mercato, questa proibizione è integrata nell'ordinamento giuridico degli stati membri, «ha in questi valore im-

⁹ C- 26/62. Merita leggere il commento "dal di dentro" di P. PESCATORE, *Van Gend and Loos, 3 February 1963 – A View from Within*, in *The Past and Future of EU Law*, M. Poirares Maduro e L. Azoulai eds., Oxford and Portland 2010, pp. 3 ss.

¹⁰ C-6/64.

perativo e riguarda direttamente i loro cittadini ai quali attribuisce dei diritti individuali che i giudici nazionali devono tutelare». L'obiettivo esplicito è di evitare che uno Stato «possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario»¹¹, ma la conseguenza è di sistema, perché il diritto comunitario crea diritti «che entrano a far parte del loro [dei cittadini] patrimonio giuridico», diritti che «sorgono non solo nei casi in cui il trattato espressamente li menziona, ma anche in relazione agli obblighi che il trattato impone ai singoli, agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie»¹². Il compito dei giudici nazionali è conseguente e chiaro: devono garantire la piena efficacia diretta di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli.

La Corte di giustizia ha così creato un meccanismo di *private enforcement* del diritto comunitario¹³, non previsto dai trattati e basato sull'interesse dei privati a far valere i diritti assicurati dall'ordinamento europeo anche quando lo Stato non abbia provveduto a adeguare il proprio ordinamento. La Corte costituzionale, dal canto suo, ha spiegato che in caso di contrasto tra una legge italiana e una norma europea munita di effetto diretto il giudice nazionale deve dare prevalenza alla seconda "non applicando" la prima tutte le volte in cui gli risulti che in materia sia competente l'ordinamento europeo, e non quello italiano¹⁴: non c'è un giudizio negativo sulla validità della norma italiana (come sarebbe nel caso della *disapplicazione*), ma solo un giudizio sulla competenza, che è fissata dai trattati¹⁵. Uno schema teoricamente ingegnoso, ma fondato su basi di argilla, perché fa perno sulla distinzione degli ambiti di applicazione dei due ordinamenti – quello comunitario e quello nazionale - distinzione però del tutto opinabile e affidata all'interpretazione dei trattati, cioè al giudizio - tutt'altro che univoco e oggettivo - della Corte di giustizia¹⁶.

La Corte costituzionale italiana non ha avuto remore a riconoscere che anche le sentenze "interpretative" della Corte di giustizia possono produrre effetti diretti¹⁷. Il che ha fatto esplodere lo strumento del rinvio pregiudiziale, con cui i giudici comuni riescono a raggiungere un risultato che altrimenti sarebbe loro precluso: liberarsi dal vincolo della legge.

L'art. 101.2 Cost. («*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*») potrebbe essere indicato come il quarto pilastro del modello costituzionale. Esso tutela l'autonomia del giudice nell'interpretazione della legge ma anche il vincolo che dalla legge gli deriva. Rappresenta quindi il presupposto e il corollario del monopolio della Corte costituzionale nel *judicial review* delle leggi - leggi che mai il giudice potrebbe disapplicare ritenendole contrarie alla Costituzione. Se invece il giudice s'imbatte in una norma europea munita di effetto diretto, può applicarla mettendo da parte la norma italiana contraria. Che una norma europea abbia effetto

¹¹ Sent. *Faccini Dori* (C-91/92).

¹² Sent. *Francovich* (C-6/90 e C-9/90).

¹³ Su cui cfr. F. WILMAN, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts*, Cheltenham UK, 2015.

¹⁴ Sent. 170/1984.

¹⁵ Sent. 168/1991.

¹⁶ Come mostra con grande chiarezza l'analisi svolta da M.E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli 2018.

¹⁷ Sent. 113/1985.

diretto può essere una convinzione che il giudice raggiunge in via di interpretazione, con o senza interrogare a proposito la Corte di giustizia.

Ma il giudice può fare molto di più: può provocare il riconoscimento di una norma ad effetto diretto. Basta che proponga alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale di interpretazione in cui si prospetta in termini astratti - come una questione di interpretazione di una determinata disposizioni europee, anche di un principio del trattato, per esempio - il dubbio se una determinata norma nazionale - quella che il giudice sarebbe tenuto ad applicare - sia compatibile con essa. Non è tecnicamente un'impugnazione della legge italiana, che esulerebbe dalle competenze della Corte di giustizia, ma la conseguenza è molto simile. Dichiarando che l'ordinamento europeo "osta" all'applicazione di una norma interna di quella fatta, la Corte di giustizia ne vieta l'applicazione, producendo l'effetto diretto che consente al giudice italiano di liberarsi dal vincolo della legge.

La proprietà dell'effetto diretto è stata riservata dalla Corte di giustizia alle sole norme «chiare, precise e incondizionate», cioè suscettibili di essere applicate dal giudice senza invadere le competenze discrezionali del legislatore o dell'amministrazione; ma soprattutto è stata introdotta come strumento che può essere attivato solo dal privato a tutela dei suoi diritti "comunitari" contro lo Stato inadempiente: «è compito dei giudici nazionali, secondo il principio di collaborazione enunciato dall'art. 5 del trattato CEE, garantire la *tutela giurisdizionale spettante ai singoli* in forza delle norme di diritto comunitario aventi *efficacia diretta*»¹⁸. Come la Corte ha affermato anche nella sent. *Berlusconi e altri*¹⁹, l'effetto diretto non si può produrre a danno del privato, aggravando per esempio la responsabilità penale degli imputati, ma solo a loro favore, per assicurare la tutela dei loro diritti contro il comportamento omissivo dello Stato.

Di quali diritti si sta parlando? In origine essenzialmente delle libertà di mercato iscritte nel trattato e implementate dalle direttive: ostacoli provocati dalle resistenze, intenzionali o meno, degli Stati ad aprire il proprio ordinamento alla libera circolazione delle merci, dei capitali e dei lavoratori; gli ostacoli potevano così essere saltati riconoscendo l'effetto diretto di tali principi, incluso il divieto di discriminazione in base alla nazionalità. Sono solo i diritti "di mercato" a legarsi all'effetto diretto, non altri: il che ovviamente crea una certa tensione tra il catalogo delle libertà dell'organizzazione europea e la ben più complessa e articolata tavola dei diritti contenuta nella nostra Costituzione²⁰. Tuttavia il potenziale contrasto tra i "valori" premiati dai due ordinamenti non si faceva percepire con urgenza, almeno agli inizi.

Però la prospettiva è cambiata nel tempo, per almeno due fattori. Anzitutto la Corte di giustizia sembra ormai orientata a riconoscere l'effetto diretto *almeno* delle norme del trattato anche in senso sfavorevole al privato: l'obiettivo dell'integrazione degli ordinamenti viene co-

¹⁸ Sent. *Factortame*, C-213/89 (punto 19).

¹⁹ C-387/02, C-391/02 e C-403/02.

²⁰ Ho sviluppato l'analisi di questo problema in *Critica della teoria dei diritti*, Milano, F. Angeli, 2018, pp. 69 ss.

si perseguito “forzando” gli strumenti messi a disposizione dal trattato, attraverso una giurisprudenza che però incontra la resistenza delle Corti costituzionali degli Stati membri²¹.

Ma vi è un altro pertugio che si è schiuso e che i giudici italiani stanno cercando di allargare. Il meccanismo dell'effetto diretto e della conseguente non-applicazione della legge italiana sembra ad alcuni giudici costituire il grimaldello con cui “forzare” il principio della riserva alla Corte costituzionale del giudizio di legittimità delle leggi ordinarie. Attraverso la dilatazione delle regole sull'effetto diretto, si punta a riconoscere la diretta efficacia di tutti i principi contenuti nell'ordinamento dell'Unione europea, a partire dai diritti sanciti dalla Carta dei diritti, ormai incorporata nel trattato. Il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazione, sanciti dal Titolo III, divengono così – almeno nella visione di alcuni giudici - un surrogato dell'art. 3 Cost., che però consente di rivolgersi alla Corte di giustizia piuttosto che alla Corte costituzionale, poiché «il dialogo diretto con la Corte di Giustizia risulta essere... lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali»²². Ragionamenti del tutto analoghi portano anche a far valere davanti alla Corte di giustizia la tutela del diritto di difesa che pure è ampiamente garantito dalla Costituzione²³.

È evidente che questo tipo di giurisprudenza tende a incrinare i pilastri su cui regge il modello costituzionale di tutela dei diritti: introduce deroghe al monopolio del *judicial review* delle leggi che la Costituzione attribuisce alla Corte costituzionale e rende aggirabile il vincolo del giudice alla legge; non è più la Costituzione la fonte prioritaria di riconoscimento dei diritti e si attenua anche la riserva alla legge, frutto del dibattito e del compromesso parlamentare, della disciplina di essi e dei bilanciamenti tra essi. È inevitabile che la Corte costituzionale reagisca a questo smottamento, come poi si dirà.

4. Il terzo scostamento: la degenerazione della giurisprudenza EDU

Parlo provocatoriamente di “degenerazione” della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo perché a mio avviso il fenomeno è eclatante e non sempre adeguatamente percepito²⁴.

L'*imprinting* originario della Corte è quello di una organizzazione internazionale, solidamente impiantata nella cultura accademica e limitata a 10 Stati piuttosto omogenei nelle loro opzioni costituzionali²⁵.

²¹ Come mostrano le ben note vicende del “caso Taricco”, riassunte dalla Corte costituzionale nella sentenza (115/2018) che chiude (almeno per il momento) il caso.

²² È quanto si legge nell'ord. della Cassazione, sezione lavoro, n. 13678/2018 (Bronzini) del 30 maggio 2018.

²³ Si veda ad es. l'ord. Trib. Milano (sez. immigrazione), 9 maggio 2018 (Flamini).

²⁴ Il tema è sviluppato in *Critica della teoria dei diritti*, cit., pp. 94 ss., di cui qui sono riprodotti alcuni passi.

²⁵ Cfr. M. R. MADSEN, *The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence*, in *The European Court of Human Rights* cit., p. 47.

Come è stato perfettamente colto, il fatto che gli Stati membri abbiano sottoscritto una dichiarazione dei diritti umani non significa affatto che essi abbiano acconsentito ad uniformare l'applicazione in tutti gli Stati, ormai arrivati a 47²⁶. La CEDU infatti non è stata concepita come strumento volto a governare gli sviluppi futuri, a adattare le proprie previsioni all'evoluzione della società e modificare significati e equilibri tra i principi in corrispondenza ai programmi politici che il corpo sociale e le sue istituzioni politiche di continuo trasformano. È nata con gli occhi rivolti al passato, come programma di difesa dello *status quo* diretto a scongiurare che l'evoluzione politica portasse a sgretolare le conquiste di cui godono le democrazie occidentali²⁷; ed anche il rapporto che la Convenzione istituisce tra i suoi organi e i parlamenti nazionali è pensato per questo obiettivo²⁸. Suonare il campanello di allarme davanti al rischio di un ritorno al totalitarismo è una funzione perfettamente compatibile con una Corte internazionale; interpretare l'evoluzione politica e sociale della società ovviamente no. Che la *Convenzione* sia un «*living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions*», e che questa debba essere «*progressive, in the sense that they have gradually extended and raised the level of protection afforded to the rights and freedoms guaranteed by the Convention to develop the "European public order"*»²⁹, è un'aspirazione del tutto fuori luogo rispetto ai tratti originari della CEDU. La necessità di assicurare la tutela di loro specifici interessi economici ha spinto gli Stati ad affidare alla Corte di giustizia della Comunità europea una funzione unificatrice del diritto in specifici ambiti del loro rispettivo ordinamento; alla Corte EDU, viceversa, non è stata affidata nessuna funzione unificatrice della disciplina dei diritti costituzionali.

La riforma del "sistema" della Convenzione e l'introduzione dell'accesso individuale alla giustizia convenzionale sono i fattori "interni" che hanno favorito la percezione della Convenzione e della sua Corte in termini "costituzionali": la – a mio avviso deprecabile – introduzione del "parere consultivo" che i giudici potranno proporre incidentalmente alla Corte EDU³⁰ la aggraverà ulteriormente, allontanando sempre più la sua giurisprudenza dal modello originario. A spingere la Corte di Strasburgo su questa strada è stato anche un fattore *latu sensu* ideologico, che ha indotto a porre al centro dell'attenzione della Corte non i comportamenti degli Stati, da richiamare quando regredissero nella tutela dei diritti, ma l'*homme situé*, destinatario di una tutela multilivello dei diritti «*par sa triple identité: identité nationale;*

²⁶ Lord HOFFMANN, *The Universality of Human Rights*, Judicial Studies Board Annual Lecture, 19 March 2009.

²⁷ Cfr. E. BATES, *The Birth of the European Convention on Human Rights – and the European Court of Human Rights*, in *The European Court of Human Rights*, a cura di J. Christoffersen e M. Rask Madsen, Oxford 2011, p. 21.

²⁸ Cfr. A. DONALD, P. LEACH, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, Oxford 2016, spec. pp. 72 ss.

²⁹ Il passo è tratto dalla opinione dissenziente dei giudici Costa, Ress, Türmen, Zupančič e Steiner nel caso *Hatton and others v. the United Kingdom* (Grande Chamber, 8 luglio 2013).

³⁰ A seguito dell'entrata in vigore del Protocollo 16: il primo parere consultivo è stato chiesto dalla Cassazione francese con l'*Arrêt* n. 638 del 5 ottobre 2018. Benché l'art. 5 precisi che "i pareri consultivi non sono vincolanti" è facile immaginare quale credito verrà ad essi riconosciuto dai giudici interni.

identité européenne; identité universelle»³¹. Ciò comporta che venga accreditato uno *ius commune* dei diritti fondamentali, che non ha pieno sviluppo nella Convenzione, ma viene a formarsi con l'elaborazione dei suoi principi attraverso la giurisprudenza³². Lo sfondo teorico è una visione monistica dei rapporti tra diritto internazionale e diritto nazionale, in cui la CEDU svolgerebbe la funzione tipica di una costituzione, quale vertice della gerarchia delle fonti di un sistema giuridico unico che ingloba sia il diritto internazionale che il diritto interno, e in cui gli individui, divenuti definitivamente soggetti rilevanti anche del diritto internazionale, sono messi in grado di far valere i loro diritti "convenzionali" direttamente davanti alla Corte EDU³³. Con il solo non trascurabile particolare di essere un sistema giuridico unico che "amministra" i diritti individuali ma è privo di istituzioni politiche rappresentative proprie: quelle istituzioni che, in un sistema costituzionale, producono le norme la cui costituzionalità può essere vagliata dal giudice delle leggi, di cui però possono re-orientare la giurisprudenza modificando, con le debite procedure, la Costituzione stessa³⁴.

Non mi soffermo ad esaminare come questo "scivolamento" di ruolo si rifletta anche sulle tecniche di giudizio della Corte EDU³⁵, né sulle distanze che separano la "tavola" dei diritti inclusi nella CEDU e quelli proclamati dalla nostra Costituzione³⁶. Apparentemente inconsapevoli di questo, i giudici italiani mostrano spesso la tendenza a dare "effetto diretto" alla Carta e alla giurisprudenza della Corte EDU, sovrapponendole alla Costituzione e alla giurisprudenza costituzionale italiane. Il meccanismo acquisito dalla esperienza comunitaria viene esteso alla giurisprudenza EDU modellando un ulteriore strumento per liberare il giudice italiano dal vincolo alla legge senza passare per il meccanismo dell'eccezione di incostituzionalità davanti alla Corte costituzionale. A questo atteggiamento fa sponda anche le tesi sostenute da alcuni giudici della Corte di Strasburgo, a cui evidentemente il rispetto dell'architettura costituzionale italiana – sicuramente obbligatorio per i "nostri" giudici - appare sintomo di "*constitutional parochialism*", esecrabile in nome del trionfante universalismo dei diritti umani³⁷. Ed è ovvio che a questo evidente abuso la Corte costituzionale abbia duramente reagito, come poi si vedrà.

³¹ M. DE SALVIA, *L'élaboration d'un "ius commune" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne etc.*, in *Protecting Human Rights: The European Dimension*, a cura di F. Matscher e H. Petzold, Köln-Berlin-Bonn-München 1988, p. 556.

³² *Ibidem*.

³³ Per questo quadro teorico, cfr. A. VERDROSS, *La place de la CEDU dans la hiérarchie des normes juridiques*, in *Comunicazioni e studi XI*, 1969, pp. 1 ss. Su questa trasformazione culturale della CEDU, cfr. S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Constitutional v International? When Unified Rationales Mismatch the Plural Paths of ECHR Law*, in *The European Court of Human Rights cit.*, pp. 144 ss.

³⁴ cfr. J.-F. FLAUSS, *La Cour européenne de droit de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?*, in *Rev. fr. dr. const.* 1998, pp. 725 s.

³⁵ Rinvio a *Critica della teoria dei diritti*, cit., p. 101 ss.

³⁶ Cfr. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Foro amm.* 2007, pp. 87 ss. (spec. pp. 97 ss.); ID., *Costituzionalismo "irenico" e costituzionalismo "polemico"*, in *Giur. cost.* 2006, pp. 1644 ss. (pp. 1661 ss.).

³⁷ Una sintesi di questa visione si può leggere nell'opinione del giudice Pinto De Albuquerque nella sent. *G.i.e.m. S.r.l. and others v. Italy* del 28 giugno 2018 (punti 78 ss.). Sull'inconsistenza della visione universalistica dei diritti umani rinvio al capitolo finale di *Critica della teoria dei diritti*, cit.

5. Il quarto scostamento: la Corte e la rilevanza

Ma la stessa Corte costituzionale non è priva di responsabilità dell'indebolimento del modello costituzionale di tutela dei diritti.

La Corte è un giudice, sia pure molto particolare, «diverso, per formazione e composizione, da tutti gli altri organi giurisdizionale»³⁸. Soprattutto *deve* accreditarsi come giudice, perché solo in questo modo può giustificare i suoi particolarissimi poteri, anzitutto quello di annullare le leggi votate dal parlamento democraticamente eletto. Per questa ragione «alto è il tasso di giurisdizionalizzazione dei suoi giudizi»³⁹. Non bastano le garanzie che la Costituzione accorda all'organo e ai suoi membri ad assicurare alla Corte il ruolo e le caratteristiche proprie del giudice; occorre che essa riconosca e applichi i principi che definiscono la giurisdizione, ciò che delimita i poteri di ogni giudice: i principi della domanda e della corrispondenza tra richiesto e pronunciato.

Sono canoni, non regole tassative⁴⁰, ma il loro nucleo essenziale è intrinsecamente legato alla legittimazione del giudice. L'intero giudizio incidentale di legittimità costituzionale è tessuto con un unico filo, che inizia dall'interesse ad agire davanti al giudice comune, prosegue con la rilevanza della questione incidentale, continua con il principio di corrispondenza tra richiesto e pronunciato (che non a caso si applica anche alla giurisprudenza costituzionale⁴¹), e si conclude con la tipicità degli effetti della sentenza di accoglimento (espressa come "divieto di applicazione" della disposizione che ne è colpita⁴²). È un filo che non si può spezzare, perché, colpendo il singolo segmento, verrebbe meno l'intero percorso.

Qui sta il punto: che accade se la Corte non tiene stretti i presupposti del suo giudizio, cioè i nodi del percorso che si è appena descritto? Probabilmente nulla in riferimento alla singola sentenza, ma in prospettiva può incrinarsi la autorevolezza della sua giurisprudenza e la credibilità della sua funzione di giudice della Costituzione anche presso i giudici comuni⁴³. Per questa ragione molta preoccupazione e un fondato dissenso hanno incontrato recenti decisioni con cui la Corte costituzionale ha ceduto alla tentazione di teorizzare il proprio potere di "modulare" gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento⁴⁴; ma ancor più le sentenze che hanno colpito le leggi elettorali, attraverso eccezioni di legittimità promosse in se-

³⁸ L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1998³, p. 704.

³⁹ G. AZZARITI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria (del giudice costituzionale come giudice)*, in *Foro it.* 2000, V, c. 35.

⁴⁰ Sul punto cfr. G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli 2017, pp. 298 ss.

⁴¹ Art. 27 della legge 87/1953, a proposito del quale osserva B. CARAVITA, *Appunti in tema di "Corte giudice a quo"*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 357, che concorre a conformare il "carattere di giudice" della Corte.

⁴² «Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione»: art. 30.3 della legge 87/1953.

⁴³ Avevo sfiorato questo tema in *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici di merito*, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993, pp. 8 ss.

⁴⁴ Mi riferisco alla ben nota sent. 10/2015 (che mi sono permesso di criticare in *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *Forum di Quad. cost.*, 4/2015).

de di giudizio civile di accertamento⁴⁵. Soprattutto la sent. 35/2017 appare sorprendente per l'“apertura” della Corte costituzionale, la quale accetta di giudicare persino di una questione sorta *prima* dell'entrata in vigore della legge impugnata⁴⁶. È lecito chiedersi quindi che resti dell'incidentalità: come osservava già Tocqueville, quando un giudice “si pronuncia su di una legge, senza prender le mosse da un processo, egli esce completamente dalla sua sfera, e penetra in quella del potere legislativo”⁴⁷. Le conseguenze possono essere devastanti.

La recente storia americana ci mostra quanto sia pericoloso derogare dalle regole che conformano la giurisdizione. La Corte suprema ha sviluppato negli anni⁴⁸ un filtro così stretto per l'accesso al *judicial review* che le questioni di cui accetta di occuparsi non raggiungono l'1% dei casi che le vengono sottoposti⁴⁹ - una percentuale persino inferiore a quella dei *ricorsi diretti* ammessi in Germania e in Spagna dopo che la riforma del ricorso diretto di costituzionalità consente alle rispettive corti costituzionali di selezionare i casi sulla base del loro «rilievo costituzionale»⁵⁰. Capita persino che la Corte suprema riformuli la domanda, selezionando solo le specifiche questioni che intende affrontare, o introduca questioni del tutto nuove, non strettamente attinenti al *petitum*, perché le giudica “costituzionalmente rilevanti”⁵¹. È inevitabile allora che la Corte suprema appaia agire come un corpo politico, protagonista dell'agenda pubblica, e non più come giudice tenuto a rispondere alle questioni che gli vengono sottoposte, nei limiti del “caso”⁵². Non ci si può stupire dunque che oggi la legittimazione della *judicial review* sia oggetto di generale contestazione⁵³ e il suo prestigio al minimo storico.

⁴⁵ Mi riferisco alle sent. 1/2014 e 35/2017 (a cui ho dedicato, rispettivamente, “*Zone franche*” e *legittimazione della Corte*, in *Forum di Quad. cost.*, 1/2014, e *La Corte ha spiegato, nulla è cambiato*, in *laCostituzione.info*). Ma sulle vicende dell'incidentalità nella giurisprudenza costituzionale cfr. ora l'ottima ricostruzione di G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, cit. Il dibattito sulle sentenze della Corte in materia elettorale è ricostruito anche in altre due monografie recenti: P. ZICCHITU, *Le “zone franche” del potere legislativo*, Torino 2017, pp. 391 ss.; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli 2018, pp. 135 ss.

⁴⁶ Cfr. R. BIN, *Chi è responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, in *Corte costituzionale e leggi elettorali delle Camere*, a cura di G. Ferri, Napoli, 2017, pp. 95 ss.

⁴⁷ A. de TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Libro I, cap. VI, Milano 1992, 101 s.

⁴⁸ Sull'evoluzione, anche legislativa, del potere discrezionale della Corte suprema nel concedere il *certiorari*, cfr. E. A. HARTNETT, *Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years After the Judges' Bill*, in *100 Colum. L. Rev.* 2000, pp. 1645 ss.

⁴⁹ Dati statistici sul ruolo della Corte suprema sono raccolti e commentati da K. W. STARR, *The Supreme Court and Its Shrinking Docket: The Ghost of William Howard Taft*, in *90 Minn. L. Rev.* 2006, p. 1369. Per un parallelo con il filtro applicato ai ricorsi diretti di costituzionalità in Germania cfr. M. KAU, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht*, Berlin-Heidelberg-New York, 2007, pp. 423 ss.

⁵⁰ Così si esprimono gli art. 49.1 e 50.1b della *Ley Orgánica 2/1979*, dopo la revisione apportata dalla legge 6/2007. Le ipotesi sono poi accuratamente specificate da una decisione del *Tribunal Constitucional* del 2009 (STC 155/2009). In termini non diversi le condizioni di ammissibilità del *Verfassungsbeschwerde* sono regolate dal § 93a Abs. 2 *BVerfGG*: cfr. le sentenze *BVfGE* 90, 22, 24 s. e 96, 245, 248 ss.

⁵¹ Ciò anche in casi di cruciale importanza politica come *Citizen United v. Federal Election Commission* (cfr. M. L. MOSES, *Beyond Judicial Activism: When the Supreme Court is No Longer a Court*, in *14 U. Pa. J. Const. L.* 2011, pp. 175 ss.) e quelli sorti sulla riforma sanitaria di Obama (cfr. H.P. MONAGHAM, *On Avoiding Avoidance, Agenda Control, and Related Matters*, in *112 Colum. L. Rev.* 2012, pp. 665 ss.).

⁵² Cfr. L. EPSTEIN, J. KNIGHT, *The Choices Justices Make*, Washington, DC, 1998 p., 160.

⁵³ Da entrambi i lati dello schieramento ideologico, come osserva B. FRIEDMAN, *The Will of the People*, New York, 2009, p. 7.

Sinché la Corte costituzionale si è limitata a lavorare al tornio il filtro della rilevanza per farvi passare, per esempio, le questioni sorte sulle norme penali di favore, la motivazione addotta è stata di facile comprensione e ben accettata dalla dottrina. Ma come si può ammettere che lo si deformi al punto di sostituire alla logica processuale quella politica dell'opportunità politica e della urgenza sociale? È chiaro che la rilevanza di una questione sollevata nel corso di un giudizio di mero accertamento, in cui il privato chiede al giudice civile di accertare che il suo diritto è leso dalle disposizioni di una determinata legge, invitando a farne l'oggetto di una eccezione di incostituzionalità, è un meccanismo che potenzialmente trasforma il giudizio di legittimità costituzionale da uno strumento incidentale in un equivalente del ricorso diretto di costituzionalità. Che possa essere utile introdurre il ricorso diretto anche in Italia – ipotesi della cui opportunità francamente dubito – potrebbe essere oggetto di discussione, ma che ciò si produca *ad libitum*, in via surrettizia e senza riformare la Costituzione, non può essere accettato senza obiezioni.

6. Per una restaurazione del modello costituzionale: laude al “provincialismo costituzionale”

È rinunciabile il modello costituzionale di tutela dei diritti? La domanda trae giustificazione dalla diffusa convinzione che si possa superare il “provincialismo costituzionale” e perseguire la costruzione di un modello più aperto di tutela dei diritti, puntando ad un orizzonte più vasto, universale.

Vorrei invece spezzare una lancia a favore del provincialismo costituzionale. Le costituzioni e i diritti sono prodotti della storia: la storicità dei diritti si perde nella dimensione globale (o universale). In una dimensione a-storica, i diritti sono apolidi, attribuiti non sulla base della cittadinanza e di ciò che essa significa, ma riconoscibili a un uomo generico, ridotto alla «astratta nudità dell'essere-nient'altro-che-uomo»⁵⁴. I diritti sono ridotti a quel massimo comun divisore che non può «non connotare l'identità della persona, di qualsiasi persona»⁵⁵.

Tutto qui quello che la storia costituzionale ci ha consegnato? È vero che i diritti umani vengono visti come una «*active agitation*» che mobilita l'opinione pubblica contro gli Stati che non rispettano la dignità dell'uomo⁵⁶; ed è pure vero che essi sono divenuti strumento di resistenza alla globalizzazione economica - resistenza che non è rivolta a preservare l'autonomia degli Stati, quanto piuttosto a sostenere la lotta per la giustizia contro gli effetti deleteri che dalla globalizzazione derivano per le persone e per i popoli⁵⁷. Ma è anche vero

⁵⁴ A. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino 2004, 415. Anche le riflessioni che seguono sono state anticipate in *Critica della teoria dei diritti*, cit.

⁵⁵ G.M. FLICK, *I diritti umani nell'esperienza europea e locale: una risposta ai problemi della globalizzazione?*, in *Pol.dir.* 2003, p. 147.

⁵⁶ Cfr. per es. A. SEN, *Elements of a Theory of Human Rights*, in *Philosophy and Public Affairs* 2004, p. 343.

⁵⁷ Cfr. R.G. TEITEL, *Humanity's Law*, Oxford, NY 2011, p. 9.

che in questa dimensione la “qualità” dei diritti precipita verso livelli minimi: i diritti umani, appunto.

Se poi spostiamo l’attenzione dalla dimensione globale dei diritti umani a quella “convenzionale”, alla CEDU, sicuramente ci troviamo di fronte ad una tavola di diritti un po’ più vicina a quella della nostra Costituzione. Ma non è identica, come già si è detto (§ 4). La “costituzionalizzazione” della CEDU è il frutto di un equivoco in cui la Corte EDU è caduta scambiando le clausole di elasticità della Convenzione (quali le misure «necessarie in una società democratica» e il “margine di apprezzamento”) per autorizzazioni alla Corte di Strasburgo a svolgere un giudizio di bilanciamento che necessariamente si sovrappone a quello delle corti costituzionali. Nel sistema della Convenzione, alla Corte europea è attribuita la competenza di interpretare le disposizioni relative ai diritti e alle libertà previste nella CEDU, avendo a riferimento il singolo caso a cui esse vanno applicate: può dire, ad esempio, se gli arresti domiciliari rientrano tra le “privazioni della libertà” considerate nell’art. 5.1 o se i diritti patrimoniali derivanti da concessioni amministrative siano da ricomprendere nella nozione di “proprietà” a cui si riferisce la tutela del Protocollo n. 1. Ma una cosa è interpretare i diritti e definirne il perimetro, un’altra è bilanciarli con altri interessi e diritti⁵⁸.

Le clausole come il “margine di apprezzamento” devono equivalere a riserva di bilanciamento per gli organi dello Stato: questo non è affatto esplicito nella giurisprudenza EDU, ma corrisponde perfettamente al punto di vista del giudice costituzionale⁵⁹. Gli interessi ammessi al bilanciamento formano il contenuto della Costituzione, di quello che vi è scritto e di quello che essa rappresenta per la società. Ben si comprende allora la reazione che la Corte costituzionale ha espresso in alcune sentenze che vanno perciò salutate con favore, come la sentenza 264/2012⁶⁰ e le ben note “sentenze gemelle”⁶¹. Esse hanno differenziato con chiarezza la posizione dei trattati e del diritto dell’UE da quella degli altri trattati internazionali, CEDU inclusa: ma una considerazione può valere per entrambi gli ordinamenti.

Il cardine attorno cui deve ruotare il sistema è il principio di attribuzione, che regola i rapporti tra gli ordinamenti nazionali e quelli di origine internazionale, quali l’Unione europea e la CEDU. L’autorità “di diritto internazionale” delle istituzioni di entrambe le organizzazioni europee si fonda su trattati, e l’autorità “di diritto costituzionale” dei trattati deriva sua volta

⁵⁸ Per questa distinzione cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano 1992, p. 134.

⁵⁹ «Il richiamo al “margine di apprezzamento” nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»: Corte cost. 264/2012 (p. 4.1). Questo era del resto il punto fissato già dalle c.d. “sentenze gemelle” 348 e 349 del 2007: cfr. in particolare. G. REPETTO, *L’effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al “doppio binario”*, in *Dir. pubbl.* 2014, pp. 1075 ss.

⁶⁰ «Il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso... il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall’espansione di una singola tutela». La Corte EDU «è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco», mentre la Corte costituzionale «opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata», e quindi, il bilanciamento è «solo ad essa spettante».

⁶¹ Sent. 348 e 349/2007.

dalla legge ordinaria che ne ha ordinato «*piena e completa esecuzione*». La «cessione di sovranità» a favore di organizzazioni tra Stati, che a certe condizioni l'art. 11 Cost. consente, trova nel *principio di attribuzione* la sua delimitazione. Il legislatore ordinario, che agisce in attuazione dell'art. 11 Cost., non può *attribuire* alle organizzazioni internazionali poteri di cui lui stesso non disponga liberamente essendo "vincolato" dalla Costituzione. La revisione dell'art. 117.1 Cost. ha introdotto l'obbligo per tutte le fonti primarie interne di rispettare gli obblighi derivanti dalle norme dell'Unione europea e dagli altri trattati internazionali⁶², ma ciò non ha cambiato né la soggezione del giudice italiano alla legge né la riserva alla Corte costituzionale del *judicial review*, che potrà essere attivato anche per la violazione della disposizione costituzionale appena citata.

Si manifesta così tutta l'importanza della *dottrina dei controlimiti* che indica esattamente questo: la «cessione di sovranità» opera entro limiti precisi, oltre ai quali deve prevalere la difesa dei principi derivati dalla Costituzione. L'esistenza di questo limite è implicita nello stesso principio di attribuzione. Qualsiasi potere "delegato" dalla Costituzione (compreso quello di revisione costituzionale) deve tenersi al di qua del limite, altrimenti agirebbe *ultra vires*. Il giudice costituzionale tedesco ha voluto ribadire questo fondamentale principio nel suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia a proposito dell'OMT⁶³. Per conto suo la Corte costituzionale italiana, nelle recenti vicende del "caso Taricco" e con la sent. 269/2017, ha preso una posizione altrettanto chiara e ineccepibile.

Si potrà irridere al "provincialismo costituzionale" delle Corti nazionali, ma il rispetto dei principi costituzionali che conformano un ordinamento giuridico sono parte di quei valori che generalmente si compendiano nel principio di legalità e dello Stato democratico di diritto. Sono principi a cui i giudici comuni *devono* attenersi e a cui non possono derogare in nome di una ideologia politica – perché di questo si tratta – che li libera dal vincolo alla legge: ideologia politica a cui li induce sia l'attivismo della Corte EDU, nella sua pretesa di costituirsi come "corte costituzionale", sia la faciloneria con cui la Corte di giustizia sollecita i giudici nazionali a disapplicare le leggi nazionali che essa giudica incompatibili con le norme *self executing* da essa stessa accreditate.

7. Per una restaurazione del modello costituzionale: le "zone franche" sono incostituzionali

Se sul "fronte esterno" la Corte costituzionale sembra aver già predisposto la difesa del modello costituzionale di difesa dei diritti, resta però da considerare che cosa essa possa fare per evitare di essere corresponsabile del suo offuscamento. A me sembra che la dero-

⁶² Sull'interpretazione della disposizione costituzionale cfr. ora A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano 2017, pp. 63 ss.

⁶³ *BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2014 - 2 BvR 2728/13*. Del resto la dottrina dei controlimiti è ampiamente diffusa tra i paesi membri dell'Unione europea: cfr. A. CELOTTO, T. GROPPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2004, pp. 1309 ss.

ga, che sinora appare stocastica, al principio della rilevanza e dell'incidentalità debba essere evitata, perché non basta a giustificarla la necessità di evitare le zone franche in cui diviene de facto impossibile provocare il controllo di costituzionalità delle leggi.

Il modello costituzionale ha una premessa chiarissima: tutti possono agire a tutela dei propri diritti e interessi legittimi. Prendere sul serio questo principio-cardine della Costituzione non può che avere una conseguenza necessaria: che la legge che ostacola il privato nella difesa dei propri diritti deve essere dichiarata illegittima. Se la Corte costituzionale allarga le maglie della rilevanza, non lo faccia per pronunciarsi in merito alla singola eccezione di incostituzionalità proposta in sede di giudizio di accertamento, ma per dichiarare illegittima la legge che non assicura la possibilità di tutelare un diritto davanti al giudice comune: lo faccia magari sollevando la questione incidentale davanti a sé stessa.

Il problema delle “zone franche” andrebbero perciò guardato in una prospettiva diversa da quella che la giurisprudenza costituzionale sembra assumere. Non si tratta di estendere la possibilità di investire la Corte costituzionale di questioni di legittimità che non supererebbero il normale filtro della rilevanza, ma di “bonificare” l’ordinamento portando in ogni dove la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi meritevoli di tutela. In altre parole, non si dovrebbe allargare il novero delle questioni che possono essere sollevate davanti alla Corte costituzionale attraverso deroghe alle regole processuali, ma estendere la possibilità di far valere i propri diritti davanti al giudice di merito, lasciando poi a lui la valutazione se sollevare o meno la questione di legittimità della legge da applicare.

Implicitamente, nella sent. 35/2017 la Corte mostra di avvertire la correttezza di questa prospettiva, sfiorando una delle più gravi “zone franche”: la tutela del diritto di voto. Citando i suoi stessi precedenti, la Corte contrappone il caso delle leggi elettorali per le elezioni politiche a quello delle leggi elettorali per le elezioni europee: mentre le prime sarebbero avvolte dall’impenetrabilità delle zone franche, le seconde no, dato che per esse – spiega la sent. 110/2015 - «il diritto costituzionale di voto può infatti trovare tutela, non solo successivamente alle elezioni, attraverso l’impugnazione dei risultati elettorali, ma talora anche prima di esse, nell’ambito del procedimento elettorale preparatorio (ordinanza n. 165 del 2016)». La domanda da cui si dovrebbe prendere le mosse sarebbe a mio avviso non come penetrare nelle zone franche, ma che cosa le crea, che cosa impedisce di assicurare – nel caso specifico - la tutela giurisdizionale del diritto di voto anche nelle elezioni politiche.

La sent. 1/2014 a questa domanda non offre alcuna risposta. La sent. 35/2017 è invece più generosa di dettagli. Spiega che «il diritto di voto non potrebbe altrimenti trovare tutela giurisdizionale, in virtù di quanto disposto dall’art. 66 Cost. e dall’art. 87 del d.P.R. n. 361 del 1957, come interpretati dai giudici comuni e dalle Camere in sede di verifica delle elezioni, anche alla luce della mancata attuazione della delega contenuta nell’art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69... nella parte in cui autorizzava il Governo ad introdurre la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio, oltre che per le elezioni amministrative ed europee, anche per quelle relative al rinnovo dei due rami del Parlamento nazionale». Il passo è interessante, perché se ne evince che la Corte ritiene che l’art. 66 Cost., laddove riserva a ciascuna Camera la verifica «dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di

ineleggibilità e di incompatibilità», non impedisca alla legge ordinaria di prevedere l'introduzione della cognizione del giudice, ma che questo impedimento deriva semmai dalla interpretazione offerta dai giudici comuni e dalle Camere stesse; tant'è vero che una legge di delega, purtroppo non attuata, avrebbe previsto che questo gap fosse superato attraverso legislazione ordinaria, rendendo le vicende delle elezioni politiche non meno sindacabili di quelle delle elezioni europee.

Ma perché allora la Corte non ha sollevato davanti a sé stessa la questione di legittimità dell'art. 87 del d.P.R. 361/1957, nella parte in cui, riservando alla Camera dei deputati il «giudizio definitivo sulle contestazioni, le proteste e, in generale, su tutti i reclami presentati agli Uffici delle singole sezioni elettorali o all'Ufficio centrale durante la loro attività o posteriormente», sembra escludere qualsiasi intervento della giurisdizione ordinaria o amministrativa? La Corte arriva a dichiarare l'invalidità anche di alcune disposizioni del T.U. 361/1957, lasciando però in piedi la "zona franca", in cui solo lei potrà continuare a intervenire a suo insindacabile giudizio. Una sentenza interpretativa di accoglimento, invece, avrebbe potuto rimuovere gli ostacoli legislativi (e interpretativi) che si oppongono alla normale impugnazione incidentale della legge elettorale per tutte quelle regole (per es. sulla formazione delle liste o delle candidature) che risultassero incompatibili con la piena tutela del diritto di voto.

8. Per una restaurazione del modello costituzionale: il convitato di pietra

La terza strategia per riportare il modello costituzione di tutela dei diritti a un buon grado di tenuta e di funzionalità dovrebbe puntare a un miglioramento delle prestazioni del legislatore. L'eccessiva lentezza con cui questi fa fronte alle rivendicazioni sociali dei diritti, vecchi o nuovi che siano, sposta sulla magistratura l'onere della risposta; la pessima qualità delle leggi grava ancora i giudici del compito di chiarirne il significato, magari ricercando nella giurisprudenza delle corti europee modelli e soluzioni interpretative; infine, la latitanza del legislatore nell'apprestare soluzioni che offrano nel procedimento amministrativo un giusto ruolo agli interessi individuali e a quelli diffusi, scarica sul processo amministrativo e sulla giustizia penale la pressione di chi quegli interessi ha in cura. È forse inevitabile che il processo si metta in moto solo per sollecitazione di chi può vantare un proprio interesse ad agire davanti al giudice civile e a quello amministrativo e che questo interesse sia essenzialmente individuale, perché solo eccezionalmente è legittimato a promuovere l'azione il soggetto esponenziale degli interessi sociali. Che la difesa degli interessi sociali possa essere fatta valere principalmente chiedendo alla procura di attivare l'azione penale non sembra certo una soluzione efficiente.

Ma tutto ciò esula dal tema di questo scritto. Non si può che concludere così: ogni discorso attorno alla efficienza del modello costituzionale di tutela dei diritti finisce inevitabilmente con trasformarsi in una lamentazione rivolta all'inefficienza della legislazione ordinaria. Dal modello si devia – in fondo - soprattutto per ragioni di supplenza, per trovare altre vie in cui incanalare la continua rivendicazione sociale dei diritti a cui il processo politico non è capace di rispondere.