

RIVISTA ITALIANA  
PER LE  
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

1  
2010



JOVENE EDITORE

1. Che cos'è interno e che cos'è esterno?

Qual è la linea di confine?

Possiamo assumere, convenzionalmente, che essa corra lungo il perimetro della sovranità statale (o di quella che oggi ne resta). Oppure si può utilizzare normativamente o kelsenianamente la costituzione per asserire che è interno tutto ciò che trova su di essa il proprio fondamento e che normativamente ne discende (come una sorta di *legis executio*).

2. Questo criterio non funziona del tutto perché la nostra costituzione è piena di «aperture» a fonti di altri ordinamenti (artt. n. 7, 10, 11, 117 Cost.) che vengono «riconosciute» e in un certo senso collocate nel sistema. Mentre il criterio stesso serve a differenziare la produzione del diritto internazionale privato dalla *lex mercatoria* e analoghi fenomeni di produzione del diritto non riconducibili a norme interne sulla produzione.

3. Tratterò soltanto di diritto comunitario, CEDU e diritto privato interno, che sono fenomeni completamente diversi fra loro, ma accomunati dal fatto che le fonti di produzione sono «esterne» e non controllabili all'interno né con parametri costituzionali interni.

4. *Il diritto comunitario.* – Quale che ne sia la giustificazione costituzionale, l'impatto del diritto comunitario europeo rappresenta il fenomeno più rilevante di interazione tra esterno e interno nella produzione del diritto sia in termini di estensione sia in termini di intensità.

Sotto il primo aspetto, in quanto qualsiasi rapporto della vita associata è suscettibile di essere sottoposto a disciplina comunitaria (magari solo indirettamente per i riflessi che esso può avere sul corretto funzionamento di istituti di derivazione comunitaria; si pensi, ad es., al processo). Sotto il secondo perché l'acquisito primato del diritto comunitario insieme con la generalizzazione della diretta appli-

cabilità si affermano per forza propria nell'ordinamento, sfuggendo in larga parte agli stessi bilanciamenti del giudice costituzionale.

L'interagire di questi due aspetti ha provocato e provoca nel versante interno dell'ordinamento incisive modificazioni, anche costituzionalmente rilevanti, che interessano le stesse categorie giuridiche tradizionali.

Viene innanzitutto in rilievo il problema della responsabilità (non internazionale, ma civile) dello Stato-legislatore in riferimento alla mancata, tardiva, imperfetta o infedele attuazione di direttive comunitarie (sentenza Francovich e successive), la quale pone in rilievo un rapporto diretto del singolo, titolare di diritti in forza di norme comunitarie, che il legislatore nazionale abbia in qualche modo disconosciuto. Lo stesso giudicato (sentenze Köbler e Traghetti del Mediterraneo) perde, a fronte del diritto comunitario, la sua sacralità: esso non è più il punto d'arrivo del processo di concretizzazione del diritto, ma può, in determinate circostanze, divenire fonte d'illecito e punto di partenza di una vicenda di tipo risarcitorio.

Analogamente l'inoppugnabilità del provvedimento amministrativo (conseguenza, insegnava Giannini, della sua imperatività), ancor salda nella cultura giuridica italiana, perde il suo carattere irreversibile allorché si scontri con norme comunitarie (sent. Köhn e Heitz). A ben vedere la stessa vicenda della risarcibilità del danno da lesione d'interessi legittimi, che ha attraversato il diritto e la giustizia amministrativa italiani dell'ultimo decennio, nasce, se non da norme, da esigenze comunitarie, finendo col dar luogo all'ancora irrisolta *quérelle* che divide il Consiglio di Stato dalla Cassazione sulla c.d. pregiudiziale amministrativa, nella quale si scontrano due diverse concezioni dell'imperatività del provvedimento e delle conseguenze della sua mancata o irrituale impugnazione nei termini.

Ma ciò che maggiormente colpisce nell'interazione tra gli ordinamenti è l'applicazione del principio di eguaglianza in sede comunitaria nel quadro di una «ragionevolezza» delle distinzioni normative che talvolta oppone le *rationes* che stanno alla base dell'uno e quelle che stanno alla base dell'altro ordinamento (v., ad. es., sent. Bickel e Franz).

5. Lo strumento principale di raccordo tra gli ordinamenti è offerto – come ormai tutti sanno – dal meccanismo delle questioni pre-

giudiziali, che permette al giudice comunitario di controllare l'interpretazione, ma anche l'applicazione delle norme comunitarie in sede nazionale, consentendogli di assumere un ruolo di corte federale dell'Unione, capace di imporre ai giudici nazionali la propria interpretazione, ma anche i propri valori.

L'elaborazione da parte della Corte di giustizia di «principi costituzionali comuni» e, in un avvenire che non appare del tutto remoto, l'utilizzazione della Carta di Nizza hanno finito per configurarla come giudice costituzionale, chiamato a bilanciare quei principi fra di loro e con i fini, prevalentemente economici, della Comunità e dell'Unione.

La circostanza che le corti supreme nazionali ed in particolare la nostra Corte costituzionale abbiano tardato ad utilizzare – anche sulle questioni di rilievo costituzionale – il rinvio pregiudiziale ha finito col rafforzare, nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto e dei principi comunitari, il rapporto diretto dei giudici comuni con la Corte di giustizia, finendo con l'affidare ai primi il compito di prospettare alla seconda i bilanciamenti tra principi costituzionali nazionali e quelli comunitari, con l'effetto di *bypassare* la Corte costituzionale dal processo di concretizzazione dei valori costituzionali.

La recente svolta – di cui alle decisioni 102 e 103/2008 – che la Corte ha impresso al proprio atteggiamento sul punto lascia intravedere che, se essa sarà seguita da nuovi sviluppi che possano allargare la porta stretta del rinvio pregiudiziale (per ora limitato ai soli giudizi di legittimità costituzionale in via principale), il dialogo fra le Corti, che significa dialogo fra i valori costituzionali di cui esse sono interpreti e garanti, potrà ulteriormente arricchirsi per conseguire un'equilibrata composizione delle esigenze costituzionali di ciascun ordinamento.

6. Il fondamento costituzionale di questa interazione tra gli ordinamenti è stato ravvisato, come è ben noto, nell'art. 11 e nelle limitazioni di sovranità che esso prevede, su cui si è poi innestata la riforma costituzionale del 2001 con il nuovo art. 117.

Ma occorre sottolineare che – come in varie occasioni ho cercato di dimostrare – da quelle premesse la giurisprudenza della Corte ha tratto nel 1984 (sent. Granital) una conseguenza nuova e dirompente, quale quella della disapplicazione (o non applicazione)

delle norme interne incompatibili con il diritto comunitario direttamente applicabile.

Questa conseguenza, a mio avviso, si lega più che all'art. 11, all'art. 189 (ora 249) del Trattato CE, inteso come norma di conflitto sulla base della quale è costruito il rapporto tra gli ordinamenti, secondo uno schema logico che ricorda da vicino il pur diverso fenomeno internazional-privatistico. La norma comunitaria viene, infatti, applicata, non in virtù di una sua supremazia gerarchica (così la sent. 170), ma in quanto norma dell'ordinamento competente, mentre quella interna rimane inapplicata, perché, a sua volta, incompetente alla disciplina di un determinato rapporto, dovendo l'operatore giuridico effettuare la scelta tra i due ordinamenti.

A ben vedere, però, lo schema internazional-privatistico è destinato a non funzionare, non solo perché manca a monte una previa indicazione di materie o di rapporti rispetto ai quali debba applicarsi la norma comunitaria, l'area della sua competenza essendo per lo più definita in base agli scopi da perseguirsi, ma soprattutto perché la logica dell'invalidità della norma interna per violazione mediata del precetto costituzionale (ieri l'art. 11, oggi l'art. 117) riemerge sia allorché il parametro interposto sia una norma comunitaria non direttamente applicabile sia quando l'impugnativa sia proposta in via diretta dallo Stato nei confronti di leggi regionali o viceversa.

Viene conseguentemente confermata l'idea, oggi diffusa tra gli interpreti, che in fondo di vera disapplicazione si tratti – e non di semplice scelta della norma o dell'ordinamento competente – perché la norma interna è affetta da un vizio, di contrarietà al diritto comunitario, che impone al giudice comune, previa eventuale remissione della questione interpretativa alla Corte di giustizia, tale disapplicazione.

Si è dunque in presenza di un vizio di costituzionalità, deducibile in via principale ma non in via incidentale, che altera profondamente il regime della legge, quale risultante dagli artt. 136 Cost. e 1 l. cost. 1/1948, consentendone la disapplicazione, non solo da parte del giudice, ma anche di qualsivoglia operatore giuridico.

7. Se dunque questa particolare efficacia «disapplicatrice» è, come penso, più che una conseguenza necessaria delle limitazioni di sovranità previste dall'art. 11 e dal sistema comunitario astratta-

mente inteso, una delle sue possibili implicazioni – tra l'altro neppure tanto scontata, vista la distanza cronologica che separa la sentenza 183/1973 dalla 170/1984 e i sei anni che sono stati necessari per assimilare sul piano costituzionale la sentenza Simmenthal della Corte di giustizia – ne discende che non è l'art. 11 a determinare il fenomeno della disapplicazione, ma il particolare modo in cui la diretta applicabilità delle norme comunitarie è stata costruita.

Conseguentemente, allorché si dovesse riscontrare in altre esperienze di organizzazione internazionale un analogo effetto di limitazione della sovranità riconducibile all'art. 11, non per questo sarebbe ad esso automaticamente riferibile la diretta applicabilità nell'accezione elaborata in sede comunitaria.

Penso, in particolare, a due fenomeni che in qualche modo si accostano o vengono accostati all'integrazione comunitaria e per i quali si è pure richiamato l'art. 11.

8. Il primo di questi è quello, cui sopra ho fatto cenno, del *diritto internazionale privato*, del richiamo, cioè da parte della *lex fori* dell'ordinamento straniero.

A me pare che questo fenomeno, per come è stato tradizionalmente costruito, rappresenti una forma di produzione normativa mediante rinvio, che consente alla norma straniera di operare nell'ordinamento rinviante prendendo il posto delle norme della *lex fori*.

Tale fenomeno, comportando la creazione ad opera della norma rinviante di una fonte primaria non prevista dalla Costituzione, può anch'esso giustificarsi in base all'art. 11 e alle limitazioni di sovranità previste, se è vero che scopo dei sistemi di diritto internazionale privato è quello del coordinamento tra gli ordinamenti, onde individuare quello che, con riferimento a un determinato rapporto, è il più idoneo a disciplinarlo. Ma naturalmente, data la flessibilità di tali sistemi e la mancanza di un quadro internazionale di riferimento, il richiamo dell'art. 11 vale a legittimare il rinvio, ma non ad elevare la norma straniera che ne è oggetto ad un'improbabile superiorità su quelle interne.

9. Il secondo fenomeno è quello, venuto ora all'attenzione di dottrina e giurisprudenza con le sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale, della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*.

Anche per questo si è tentato il richiamo dell'art. 11 e la conseguente affermazione della diretta applicabilità delle norme della

Convenzione. La Corte con le due sentenze ora ricordate ha rigettato quest'impostazione, collocando il fenomeno CEDU nell'ambito dei comuni trattati internazionali, ai quali è riferibile l'art. 117 (quanto agli obblighi internazionali), ma non l'art. 11 né l'art. 10.

Al di là delle ragioni contingenti, rilevate dalla dottrina a commento delle due sentenze, che avrebbero indotto la Corte a bloccare le tendenze di alcuni giudici a risolvere da soli, con la disapplicazione delle norme interne, i problemi di compatibilità di queste con norme CEDU, la tesi secondo cui l'art. 11 non è ad essa riferibile appare del tutto corretta.

Invero, se si riflette, qualsiasi accordo internazionale, soprattutto se richiede l'adattamento ad esso dell'ordinamento nazionale, comporta limitazioni di sovranità, sia sul lato esterno che su quello interno; quello che invece caratterizza il fenomeno comunitario è piuttosto la capacità delle sue fonti di operare *direttamente* negli ordinamenti degli Stati membri, pretendendo un trattamento analogo a quello delle fonti interne. La fonte comunitaria penetra negli ordinamenti interni, perforando la barriera che essi erigono all'ingresso di fonti esterne, produce norme che gli operatori giuridici devono applicare, nei rapporti interprivati, allo stesso titolo delle norme interne ed insieme con esse, s'indirizza direttamente ai soggetti interni pretendendone obbedienza.

Tutto questo non appartiene ad alcun'altra organizzazione internazionale e nemmeno alla CEDU, la quale, se pure conosce il ricorso individuale alla Corte e quindi eleva i cittadini degli Stati contraenti a destinatari delle sue norme, non determina l'effetto diretto caratteristico dell'integrazione europea, ma mantiene una netta ed evidente separazione tra gli ordinamenti. Gli obblighi della CEDU sono obblighi degli Stati nella loro consistenza internazionale, non penetrano di per sé soli all'interno dei loro ordinamenti (cfr. sent. n. 129/2008 della Corte cost.), sì che gli individui entrano in contatto con gli organi della Convenzione solo allorché, lamentandone la violazione da parte dello Stato cui sono sottoposti, se ne distaccano, per così dire, contrapponendosi ad esso.

Se questo è esatto, il richiamo dell'art. 11 è giustamente servito a legittimare un fenomeno per il quale – secondo una tesi più radicale (Esposito) – non sarebbe stato altrimenti possibile ricorrere nemmeno ad una legge costituzionale, dal momento che esso com-

porta, non una generica limitazione della sovranità, ma la sottoposizione (con le conseguenze che solo ora vengono apprezzate in dottrina) del cittadino ad un sistema di pubblici poteri non fondato sulla costituzione e di essa potenzialmente derogatorio.

Vero è che la CEDU, per il fatto di contemplare la garanzia di diritti che trovano spesso riferimenti nelle costituzioni nazionali e per il dinamismo oramai acquisito dalla sua Corte, manifesta una vocazione costituzionale che pone oggi e porrà in futuro problemi, forse insolubili, di rapporti con le Corti nazionali circa i bilanciamenti tra diritti individuali e valori sociali, sì che il riferimento alla tutela multilivello non potrà risolversi in un semplicistico richiamo dell'ordinamento che offre le più estese garanzie dei diritti.

Piuttosto conviene osservare che, dato il carattere materialmente costituzionale che caratterizza le clausole della CEDU, tale da sovrapporsi a molte delle norme costituzionali, lo sforzo effettuato dalla Corte nelle due sentenze di offrire delle disposizioni costituzionali interne un'interpretazione quanto più compatibile, ovvero quanto meno incompatibile con le clausole della Convenzione, merita apprezzamento.

In particolare la Corte ha consapevolmente effettuato, alla luce di pronunce della Corte di Strasburgo, che avevano dichiarato violazioni strutturali della CEDU da parte della Repubblica italiana, un rilevante e motivato *overruling* di suoi precedenti in tema di indennità di esproprio e di risarcimento da occupazione acquisitiva, senza però perdere di vista i valori costituzionali di riferimento.

Ma tutto ciò nell'ambito dell'applicazione dell'art. 117, 1° c., che ancora la potestà legislativa statale e regionale al rispetto degli obblighi internazionali, onde la legge che non ne sia rispettosa viene colpita da una dichiarazione d'illegittimità costituzionale per violazione indiretta dell'art. 117.

La rilevanza che in tal modo la Corte dà agli obblighi internazionali e alla loro consistenza proietta dunque l'attenzione del giudice costituzionale come di quello comune sull'interpretazione delle clausole della CEDU secondo i canoni propri del diritto internazionale e tenendo conto delle interpretazioni dell'apposito organo giurisdizionale, senza che in contrario possa venir eccepita una incostituzionale limitazione della libertà interpretativa del giudice.

Il richiamo delle pronunce della Corte di Strasburgo è infatti reso necessario dallo stesso art. 117 Cost. che rinvia agli obblighi in-



ternazionali come parametro interposto di legittimità delle norme interne, la consistenza dei quali non può apprezzarsi se non collocandosi all'interno dell'ordinamento (internazionale) di riferimento. A questa stregua invocare la libertà interpretativa del giudice e l'art. 101 Cost. appare, a mio parere, fuori luogo.