

**COSTITUZIONE E CARTE EUROPEE DEI DIRITTI NEL RECENTE ORIENTAMENTO DEL GIUDICE DELLE LEGGI: SUPREMAZIA ASSIOLOGICA O PRIMATO FUNZIONALE?\***

**NICOLA COLACINO\*\***

**Sommario**

1. Cenni introduttivi. – 2. Il sindacato di costituzionalità sul rispetto degli obblighi internazionali e il modello del doppio scrutinio delineato nelle sentenze «gemelle» del 2007. – 3. Primato funzionale della Costituzione ed espansione “regolata” delle tutele. – 4. La pregiudiziale assiologica di Corte cost. n. 49/2015 e il dilemma del giudice comune.

**Abstract**

*Some recent judgments of the Constitutional Court, related to the protection of fundamental rights within the EU and ECHR legal systems, seem to prove a conservative turn in the Court's approach to the relationship with such systems. Namely, if in judgments nos. 348 and 349 of 2007 and in some subsequent decisions the Court showed some significant openings towards the acceptance of a principle of maximum protection of fundamental rights, regardless of their system of origin, in its more recent jurisprudence the Court has repeatedly affirmed the primacy of the Constitution in the field of the protection of fundamental rights and, correspondingly, its essential role as custodian of this primacy. The present contribution submits this jurisprudence to a brief critical analysis, to highlight the possible risks deriving from this new approach, with respect to both the need of maintaining a correct balance in inter-system relations and the difficulties faced by national courts.*

**Suggerimento di citazione**

N. COLACINO, *Costituzione e Carte europee dei diritti nel recente orientamento del Giudice delle leggi: supremazia assiologica o primato funzionale?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Il presente contributo è la rielaborazione dell'intervento svolto in occasione del convegno su “I Trattati nel sistema delle fonti a 10 anni dalle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale”, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Firenze, 19 gennaio 2018.

\*\* Professore associato di diritto internazionale dell'Università degli Studi Niccolò Cusano - telematica Roma.

Contatto: [nicola.colacino@unicusano.it](mailto:nicola.colacino@unicusano.it)

### 1. Cenni introduttivi

I più recenti interventi della Corte costituzionale in tema di rapporti fra i sistemi costituzionale, europeo convenzionale ed eurounitario di protezione dei diritti fondamentali interrogano il giurista sul possibile mutamento dell'assetto già delineato in alcune fondamentali pronunce del passato<sup>1</sup> e sulle conseguenze, in punto di ridefinizione del corrispondente modello di relazione tra la Costituzione e le Carte europee di diritti, che da tale mutamento possono derivare<sup>2</sup>.

Il Giudice delle leggi, che si dichiara animato dalla volontà di assicurare, «in un quadro di costruttiva e leale cooperazione [...] la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico»<sup>3</sup>, sembra in effetti orientato a riaffermare, sia sul

<sup>1</sup> Il riferimento è, ovviamente, a C. cost. 8 giugno 1984, n. 170, disponibile all'indirizzo: [www.giurcost.org/decisioni/1984/0170s-84.html](http://www.giurcost.org/decisioni/1984/0170s-84.html), nonché a C. cost. 11 luglio 1989, n. 389, disponibile all'indirizzo: [www.giurcost.org/decisioni/1989/0389s-89.html](http://www.giurcost.org/decisioni/1989/0389s-89.html), e, in misura diversa, a C. cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 (disponibili, rispettivamente, agli indirizzi:

[www.giurcost.org/decisioni/2007/0348s-07.html](http://www.giurcost.org/decisioni/2007/0348s-07.html) e [www.giurcost.org/decisioni/2007/0349s-07.html](http://www.giurcost.org/decisioni/2007/0349s-07.html)). Pur con le note e rilevanti differenze di trattamento riservate alle norme prodotte nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea e a quelle di natura internazionale convenzionale, l'assetto complessivo delle relazioni intersistemiche che scaturisce (...scaturiva?) dai richiamati interventi presenta tratti sostanzialmente omogenei. In entrambi i casi, il Giudice delle leggi ha inteso privilegiare, infatti, l'applicazione del criterio gerarchico-formale per la risoluzione dei possibili conflitti e antinomie (O. POLLICINO, *The Italian Constitutional Court at the Crossroad Between Constitutional Parochialism and Cooperative Constitutionalism. Case note on judgments no. 348 and 349 of 2007*, in *European Constitutional Law Review*, 2008, 363-382), con un "correttivo" di impronta assiologica rappresentato dalla riserva di scrutinio cui la norma *extra ordinem*, di origine internazionale o eurounitaria, viene a essere sottoposta in caso di contrasto con la Costituzione o con i suoi principi supremi. Tale assetto rischia, tuttavia, di essere incrinato dall'odierna tendenza della giurisprudenza costituzionale a riservare al criterio formale uno spazio operativo più limitato, assegnando, per contro, un rilievo crescente a valutazioni di ordine assiologico-sostanziale.

<sup>2</sup> Ne ragiona da ultimo A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, disponibile all'indirizzo: [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 5 febbraio 2018, 1-20, il quale non manca di osservare come «tutte le Corti si immettono in un circuito unitario; e, pur potendo costituire le relazioni che tra alcune di esse si intrattengono oggetto di separato esame rispetto a quello riguardante relazioni con altre Corti, non va comunque perduta di vista l'influenza che tutte vicendevolmente si danno» (così a p. 3).

<sup>3</sup> Così C. cost. 14 dicembre 2017, n. 269, disponibile all'indirizzo: [www.giurcost.org/decisioni/2017/0269s-17.html](http://www.giurcost.org/decisioni/2017/0269s-17.html), al par. 5.2 delle Considerazioni in diritto. La citazione è ripresa dall'ormai celebre *obiter dictum* nel quale il Giudice delle leggi ha inteso enunciare – sinteticamente, ma senza lasciare spazio a equivoci interpretativi (sebbene, secondo L. S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 31 gennaio 2018, 1-9, si possano ipotizzare due letture diverse, l'una «in contrasto con il diritto UE e la seconda invece compatibile con quest'ultimo» delle affermazioni ivi contenute) – le "nuove" modalità di intervento della Corte nei casi in cui «la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione» (così la sentenza citata, *ibid.*). Numerosi e articolati i commenti della dottrina, che non mancano di schierarsi in senso favorevole o contrario alle posizioni

piano internazionale, sia su quello domestico, il primato costituzionale in materia di tutela dei diritti. È da capire, tuttavia, su quali presupposti e criteri ritenga di fondare detto primato e se ciò non vada a scapito dell'equilibrio dei rapporti intersistemici fin qui faticosamente raggiunto<sup>4</sup>.

enunciate dalla Corte (a loro volta ispirate dallo studio di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 6 novembre 2017, 1-27; ma v. anche P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 311-320, in particolare 318-319, su cui, più diffusamente, *infra*, nota 27). Tra i primi si rinvia, *ex multis*, a A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 18 dicembre 2017, 1-3; L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, *ibid.*, 1-8; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, *ibid.*, 24 gennaio 2018, 1-4; A.-O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentratò di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, *ibid.*, 1° febbraio 2018, 1-18; A. ANZON DEMMIG, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, *ibid.*, 28 febbraio 2018, 1-4. Tra le opinioni critiche rispetto all'indirizzo della Consulta si vedano R. G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, *ibid.*, 28 dicembre 2017, 1-16 e ID., *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista di Diritti comparati*, disponibile all'indirizzo: [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 16 febbraio 2018, 1-17; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentratò di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, *ibid.*, 18 dicembre 2017, 1-14 (ora in n. 3/2017, 230-243); G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 25 gennaio 2018, 1-14; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea - Osservatorio europeo*, disponibile all'indirizzo: [www.dirittounioneuropea.eu](http://www.dirittounioneuropea.eu), dicembre 2017, 1-18.

<sup>4</sup> Un equilibrio che (almeno fino a C. cost. n. 269/2017) non ha risentito dell'incertezza semantico-concettuale riguardo alla natura del rapporto intercorrente tra l'ordinamento costituzionale e quello eurounitario (susceptibile di riverberarsi anche sulla qualificazione del rapporto con il sistema di tutela dei diritti allestito dalla CEDU): di «separazione coordinata» secondo C. cost. n. 170/1984 (v. il par. 4 delle Considerazioni in diritto) e l'insegnamento del suo Relatore (A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. Cost.*, 2003, 2419 ss.); di «integrazione» per coloro i quali ritengono, sulla scorta di C. cost. n. 389/1989, che vi sia una «immissione diretta nell'ordinamento interno delle norme comunitarie immediatamente applicabili» (par. 4 delle Considerazioni in diritto), senza alcun corrispondente «arretramento» della norma di legge in conflitto. Cfr. A. PACE, *La sentenza Granital, ventitrè anni dopo*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, Giuffrè, Milano, 2008, 405-430. La differenza tra le due concezioni rileva, com'è noto, in punto di «non applicazione», ovvero di «disapplicazione», della norma interna confliggente con la norma eurounitaria, a seconda che si consideri la prima insuscettibile di venire in rilievo nell'ambito dello specifico rapporto regolato dalla seconda, per effetto della sola constatazione del conflitto, alla quale fa seguito l'automatica «dissolvenza» della norma non prevalente, o si presupponga, invece, «la contemporanea vigenza delle norme reciprocamente contrastanti» (così ancora C. cost. n. 389/1989, *ibid.*), situazione che appunto impone di disapplicare la norma interna, quale conseguenza di un'attività posta in essere dal giudice comune dotato della potestà

Riguardo a quest'ultimo aspetto, può subito rilevarsi la difficoltà di conciliare il primato della Costituzione con i principi di apertura dell'ordinamento al diritto internazionale (ed eurounitario) e di massima espansione delle tutele, che del primo rappresenta una delle manifestazioni più alte (ritenendosi le Carte dei diritti adottate in via convenzionale, a loro volta, l'espressione più alta della cooperazione giuridica internazionale). In proposito, la Corte sembra incline a considerare la massima espansione delle garanzie non come obiettivo al quale il giudizio di costituzionalità deve tendere necessariamente (e, quindi, anche qualora ciò implichi un'autolimitazione del proprio sindacato in ragione della maggior tutela apprestata al singolo diritto da una fonte normativa diversa dalla Costituzione), bensì come elemento costitutivo della mutevole morfologia del primato costituzionale stesso. Ciò si evince agevolmente dal fatto che il principio in parola non è esentato dall'essere sottoposto al «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»<sup>5</sup>.

Il primato della Carta fondamentale sulle altre Carte dei diritti chiama in causa anche il primato dello scrutinio accentrato di costituzionalità sulle altre tecniche di risoluzione delle antinomie, al punto che l'uno non può compiutamente affermarsi senza l'altro. Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale possono, a ben vedere, essere apprezzate anche nei termini di una difesa del proprio peculiare "modo di proteggere i diritti", tenuto conto della pervasività attualmente raggiunta dalle istanze di tutela multilivello, e giustificate dal comprensibile (benché solo in parte condivisibile) timore che l'arruolamento dei giudici comuni nell'ambito dei sistemi di tutela concorrenti (quello convenzionale europeo, in forza del principio di sussidiarietà che lega l'azione dei giudici nazionali a quella della Corte di Strasburgo, e quello eurounitario, in base al meccanismo del rinvio pregiudiziale e alla riconosciuta potestà di disapplicazione – o non-applicazione – delle norme di legge suscettibili di entrare in conflitto con quelle del diritto dell'Unione europea) possa condurre al progressivo esautoramento della Corte dal ruolo di

corrispondente. Nell'avocare a sé il compito di sanzionare «le violazioni dei diritti della persona» con «un intervento *erga omnes*» a carattere *necessario*, «anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale», C. cost. n. 269/2017, *ibid.*, esclude in radice che la potestà anzidetta possa validamente esercitarsi quando è in gioco la tutela di principi e diritti presenti sia nella Carta eurounitaria, sia nella Costituzione.

<sup>5</sup>C. cost. 28 novembre 2012, n. 264, disponibile all'indirizzo:

<http://www.giurcost.org/decisioni/2012/0264s-12.html>, al par. 4.1 delle Considerazioni in diritto.

giudice dei diritti che pure le compete, collocandola ai margini del circuito europeo dei presidi di garanzia<sup>6</sup>.

## **2. Il sindacato di costituzionalità sul rispetto degli obblighi internazionali e il modello del doppio scrutinio delineato nelle sentenze «gemelle» del 2007**

Senonché, tale preoccupazione era già emersa in occasione dei primi interventi successivi alla novella costituzionale del 2001, vale a dire nelle sentenze gemelle del 2007<sup>7</sup>, laddove la Corte aveva affermato da subito la propria insostituibilità ai fini della valutazione dell'incidenza degli obblighi internazionali assunti dallo Stato in via convenzionale sulla sovrana autonomia del legislatore, lasciando ai giudici comuni solo il compito di individuare *prima facie*, ove possibile, l'eventuale margine di conciliabilità tra il contenuto degli obblighi anzidetti – desumibile dall'interpretazione fornita nella sede giurisdizionale a ciò propriamente deputata – e quello della legislazione nazionale. Qualora tale margine fosse risultato inesistente, o comunque troppo angusto, non restava altra soluzione, per consentire all'obbligo internazionale di imporsi come nuovo riferimento per i rapporti da esso disciplinati, in luogo della legge in conflitto (in conformità con la volontà del legislatore costituzionale, che con la novella del 2001 ha espressamente inteso subordinare l'esercizio della potestà legislativa al rispetto degli impegni vigenti sul piano internazionale pattizio) che interpellare la Consulta, chiamata a espungere in via definitiva la norma interna incompatibile e valorizzare, non solo *inter partes*, ma con efficacia generale, la maggior tutela offerta in sede internazionale.

Com'è noto, tuttavia, l'oggetto del controllo non era circoscritto alla sola norma interna della quale si ipotizzava la contrarietà a quella internazionale. Nella circostanza, la Corte tratteggiava un modello di “doppio scrutinio”, consistente nella verifica congiunta «[del]la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e [del]la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta»<sup>8</sup>, per evitare che la norma internazionale così recepita potesse mettere a rischio la tenuta del sistema costituzionale, nel senso

<sup>6</sup> Secondo R. G. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, cit., 2, «[l]e ragioni del cambiamento sarebbero propriamente da ricondurre alla progressiva marginalizzazione della Corte costituzionale, spaventosamente emarginata dal suo naturale ruolo di “controllore” dei diritti con base costituzionale».

<sup>7</sup> Per un riferimento all'ampia rassegna dei commenti alle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 si rinvia a N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in *Rivista di Diritti comparati*, disponibile all'indirizzo: [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 15 dicembre 2017, 1-18 (ora in n. 3/2017, 244-261, in particolare nota 1). Per un'ampia disamina dei rapporti tra Costituzione e CEDU si rinvia a A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2017.

<sup>8</sup> C. cost., n. 348/2007, par. 4.7 delle Considerazioni in diritto.

di determinare un evidente squilibrio nell'ordinata composizione degli interessi protetti dalla Carta fondamentale. In un simile scenario, l'esito dello scrutinio condotto dalla Corte sulla norma interposta, ispirato «al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione»<sup>9</sup>, avrebbe fatalmente determinato l'annullamento *in parte qua* della legge di esecuzione della fonte dell'obbligo internazionale, quale soluzione estrema atta a preservare l'integrità dell'ordinamento.

L'evocazione di una misura così radicale – finora mai adottata nei casi di contrasto tra la legislazione interna e le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – va anzitutto compresa nella sua valenza essenziale di monito indirizzato ai giudici comuni per scongiurare un possibile eccesso di ricorso al sindacato di costituzionalità in materia<sup>10</sup> e, in secondo luogo, quale affermazione della centralità del sistema costituzionale di tutela dei diritti, l'unica sede legittimamente deputata a ricomporre l'ordine degli interessi meritevoli di tutela “alterato” dal vincolo di osservanza dell'obbligo internazionale di volta in volta chiamato in causa<sup>11</sup>.

Il che, com'è ben noto, non impedisce alla Corte di adottare due decisioni di segno fortemente incisivo, in punto di espansione del contenuto del diritto dominicale riconosciuto dall'ordinamento costituzionale, sotto il profilo della valutazione economica del sacrificio imposto al proprietario, e, quel che più conta, di riequilibrio tra la posizione del privato e quella dell'amministrazione esercente la potestà ablatoria, non più protetta dall'avallo giurisprudenziale alla perpetuazione di una prassi illecita come quella dell'occupazione acquisi-

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Solo un sussurro, se messo a confronto con il fragoroso *diktat* contenuto nella sentenza n. 49 del 2015, su cui si avrà modo di soffermarsi più diffusamente *infra*. Cfr. A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali*, cit., 10-11.

<sup>11</sup> Un'alterazione che produce un rafforzamento dei diritti garantiti su base costituzionale, quale conseguenza diretta dell'adesione del nostro ordinamento ai sistemi di tutela convenzionale ed eurounitario. Sul punto, sia consentito rinviare ad alcune brevi considerazioni svolte altrove (N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle*, cit., 250 ss.). Preme, altresì, sottolineare la piena adesione all'idea che le «norme organizzatorie» della Carta fondamentale, ossia quelle norme chiamate a specificare e attuare, nella medesima sede costituzionale, i «valori positivizzati» espressi dalle norme sostanziali, debbano assolvere a una «funzione servente» nei confronti dei valori anzidetti (A. RUGGERI, *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, Relazione al secondo convegno “V. Aymone” su Sistema penale e fonti sovranazionali: la giurisprudenza delle Corti europee ed il ruolo dell'interprete, Lecce 19-20 aprile 2013, in *Diritti comparati*, disponibile all'indirizzo: [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 19 aprile 2013, 1-20, 2 ss.), per consentirne la massima promozione effettiva: «[s]olo così» – secondo l'A. – «è appropriato discorrere della Costituzione come “sistema”, un sistema nel... sistema, vale a dire quale “nucleo duro” del sistema, anche nelle sue proiezioni interordinamentali, nel suo farsi cioè “sistema di sistemi”».

tiva (aggravata dall'attribuzione di un risarcimento non integrale). Pur con le necessarie cautele e puntualizzazioni, la Corte costituzionale sembra, quindi, accettare l'idea che da un'istanza internazionale di protezione dei diritti fondamentali possa provenire l'impulso necessario a riconfigurare il modello costituzionale di tutela della proprietà in senso più favorevole alle esigenze dei soggetti privati<sup>12</sup>. Non è irragionevole sostenere che, se il vincolo di rispetto dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU fosse rimasto privo di operatività concreta, i confini della tutela del diritto di proprietà costituzionale sarebbero rimasti quelli già tracciati in sede di interpretazione dell'art. 42, con la conseguenza di rendere più difficili, e comunque più deboli, eventuali iniziative volte alla soppressione di norme espressive di un retaggio socio-economico e culturale superato eppure tenacemente resistente<sup>13</sup>. Ciò non significa, beninteso, che il Giudice delle leggi non sarebbe prima o poi pervenuto alle medesime conclusioni. Tuttavia, è l'azione combinata di elementi quali il rinnovato *favor* manifestato dal legislatore costituzionale verso l'apertura dell'ordinamento al diritto internazionale (segnatamente, quello di natura convenzionale), la sensibilità mostrata dai giudici nazionali verso il recepimento dei nuovi indirizzi giurisprudenziali formati in sede europea e, infine, la segnalata attitudine del Giudice delle leggi a valorizzare il contributo offerto dalla Corte di Strasburgo al conseguimento dell'obiettivo di un più elevato livello comune di protezione dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo, ad aver consentito, nel caso di specie, l'effettiva espansione dell'ambito materiale della tutela riconosciuta al diritto dominicale<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Si fa riferimento all'ipotesi di gradazione dell'importo dell'indennità in funzione delle caratteristiche dell'intervento ablatorio. Una distinzione accolta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla quale C. cost. n. 348/2017 fa espresso rinvio: «[v]aluterà il legislatore se l'equilibrio tra l'interesse individuale dei proprietari e la funzione sociale della proprietà debba essere fisso e uniforme, oppure, in conformità all'orientamento della Corte europea, debba essere realizzato in modo differenziato, in rapporto alla qualità dei fini di utilità pubblica perseguiti. Certamente non sono assimilabili singoli espropri per finalità limitate a piani di esproprio volti a rendere possibili interventi programmati di riforma economica o migliori condizioni di giustizia sociale. Infatti, l'eccessivo livello della spesa per espropriazioni renderebbe impossibili o troppo onerose iniziative di questo tipo; tale effetto non deriverebbe invece da una riparazione, ancorché più consistente, per gli «espropri isolati», di cui parla la Corte di Strasburgo» (par. 5.7).

<sup>13</sup> C. cost. n. 349/2017 riconosce espressamente che «[i]l bilanciamento svolto in passato con riferimento ad altri parametri costituzionali deve essere ora operato [...] tenendo conto della sopra indicata rilevanza degli obblighi internazionali assunti dallo Stato, e cioè della regola stabilita dal citato art. 1 del Protocollo addizionale, così come attualmente interpretato dalla Corte europea» (par. 8 delle Considerazioni in diritto).

<sup>14</sup> È nelle "seconde" sentenze gemelle (C. cost., 16 novembre 2009, n. 311, disponibile all'indirizzo: [www.giurcost.org/decisioni/2009/0311s-09.html](http://www.giurcost.org/decisioni/2009/0311s-09.html) e C. cost., 30 novembre 2009, n. 317, disponibile all'indirizzo: [www.giurcost.org/decisioni/2009/0317s-09.html](http://www.giurcost.org/decisioni/2009/0317s-09.html)) che può scorgersi la raggiunta consapevolezza della Corte riguardo all'utilità del sistema allestito dalla CEDU ai fini dell'innalzamento del livello di tutela dei diritti garantito dalla Costituzione. Il Giudice delle leggi si rifiuta, infatti, di «consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una

### 3. Primato funzionale della Costituzione ed espansione “regolata” delle tutele

La “stagione” dell’apertura della Costituzione alle istanze di tutela dei diritti umani già riconosciute in ambito CEDU – inaugurata dalle sentenze del 2007 e proseguita dalla giurisprudenza successiva, in particolare dalle sentenze 311 e 317 del 2009<sup>15</sup> e 113 del 2011<sup>16</sup> – è caratterizzata dalla tendenziale attribuzione di un primato (della Carta fondamentale sulle altre Carte dei diritti) che potrebbe definirsi *funzionale*, lontano, cioè, da qualsiasi visione autarchica delle relazioni intersistemiche<sup>17</sup> e dettato, piuttosto, dall’esigenza di garantire un’espansione “regolata” delle tutele in una fase in cui le stesse «potenzialità»<sup>18</sup> del novellato articolo 117 Cost. non paiono ancora del tutto decifrabili. In quest’ottica, risulta certamente più comprensibile la preoccupazione manifestata dal Giudice delle leggi rispetto all’attrazione esercitata sui giudici comuni dalle predette istanze di tutela e al rischio che un’adesione acritica al diritto vivente della CEDU possa condurre a minare le stesse fondamenta del sistema di controllo accentrato di costituzionalità.

tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno», e di ammettere, parimenti, «che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale». In tale prospettiva, «il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali» è realizzato «mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti» (C. cost. n. 317/2009, par. 7 delle Considerazioni in diritto).

<sup>15</sup> V. *supra*, nota 14. Sulla portata innovativa di tali pronunce rispetto allo stesso modello tratteggiato nelle sentenze del 2007 si rinvia alle osservazioni di O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all’indirizzo: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 16 dicembre 2009, 1-8.

<sup>16</sup> C. cost., 4 aprile 2011, n. 113, disponibile all’indirizzo: [www.giurcost.org/decisioni/2011/0113s-11.html](http://www.giurcost.org/decisioni/2011/0113s-11.html). Per un approfondimento, si vedano gli interventi di G. CANZIO, R. E. KOSTORIS e A. RUGGERI alla Tavola rotonda su *Gli effetti dei giudicati “europei” sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, pubblicati in *Rivista AIC*, disponibile all’indirizzo: [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2011, 1-20.

<sup>17</sup> Quella che, ad esempio, sembra emergere dalla «impegnativa» affermazione (così A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell’uomo e giudici nazionali*, cit., 5) di C. cost. 13 ottobre 1999, n. 388, disponibile all’indirizzo: [www.giurcost.org/decisioni/1999/0388s-99.html](http://www.giurcost.org/decisioni/1999/0388s-99.html), secondo cui «[i]ndipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale [...], mentre spetta al legislatore dare ad esse attuazione [...], è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione». Va detto, peraltro, che la portata di tale affermazione è in parte temperata dalla successiva considerazione per la quale «al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione» (par. 2.1 delle Considerazioni in diritto).

<sup>18</sup> Il riferimento è alle «potenzialità insite nelle norme costituzionali» evocate da C. cost. n. 317/2009, *supra*, nota 14.

L'affermazione della centralità della Carta costituzionale non è, tuttavia, di ostacolo alla valorizzazione di una prospettiva realmente espansiva del contenuto dei singoli diritti tutelati. Ciò in quanto, fuori dai casi di un conflitto manifesto tra il bilanciamento realizzato in sede europea e quello realizzato in sede nazionale (una situazione, come detto, confinata al piano meramente ipotetico), il secondo ha finito essenzialmente per sovrapporsi al primo.

Sembra, perciò, profilarsi – nei fatti più che nelle parole – l'avvio di un processo di mutuo riconoscimento tra sistemi di protezione che, pur non mettendo esplicitamente in discussione il primato costituzionale, autorizza a un prudente ottimismo riguardo all'idea che il modello coniato nelle sentenze del 2007 possa essere superato, per dare sostanza, anche rispetto al diritto internazionale di origine pattizia (come già a quello generale e al diritto dell'Unione europea), al principio di apertura originariamente sancito dalla Costituzione del 1948 e ribadito nella revisione del 2001<sup>19</sup>.

Si tratta, tuttavia, di una prospettiva illusoria, alimentata dall'equivoco di fondo riguardo al carattere «bidirezionale» del bilanciamento proposto nelle sentenze nn. 311 e 317 del 2009<sup>20</sup>. Un equivoco successivamente chiarito, ma in senso conservatore, dapprima dalla citata decisione n. 264/2012, nei termini di una conferma «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» (sicché solo la Corte costituzionale, e non anche la Corte EDU, si troverebbe nelle condizioni adatte a realizzare un corretto bilanciamento fra gli interessi in gioco, con effetti rilevanti però sul piano *infra-* e non su quello *inter-sistemico*)<sup>21</sup> e poi dalla sentenza n. 49/2015.

<sup>19</sup> È in quest'ottica che devono essere interpretate sia la riserva di scrutinio supplementare sulla conformità della fonte interposta al dettato costituzionale che la Corte attribuisce (solo) a se stessa, sia il contenuto del medesimo, al netto delle differenze giustamente evidenziate dalla dottrina (Caretto) tra il controllo più rigoroso prospettato dalla sentenza n. 348 e l'accertamento di una «protezione almeno equivalente» richiesto dalla n. 349.

<sup>20</sup> L'espressione è di O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale"*, cit., secondo il quale «solo ammettendo l'applicazione bidirezionale del criterio della tutela più intensa apprestata al diritto fondamentale in gioco, si raggiunge il risultato di assicurare che, a prescindere dall'immutabilità del contenitore legislativo, un valore di forza costituzionale sia adeguatamente protetto, caso per caso, dal contenuto normativo che, a qualsiasi livello, nazionale, sovranazionale o internazionale, sia in grado di prendersene più cura» (così a p. 5).

<sup>21</sup> Si è visto come, nel primo caso, il Giudice delle leggi abbia voluto chiarire che il principio di massima espansione delle tutele ricade anch'esso nella dialettica del bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente protetti. Ciò produce la conseguenza che esso non concorre, se non limitatamente, all'ampliamento dello spettro delle tutele assicurate ai diritti garantiti dall'ordinamento costituzionale. L'espansione non è *massima*, infatti, se non quando il sistema recepite dà rilievo a un *quid novum* prodotto nell'ambito del sistema di tutela esterno *secondo il proprio ordine di composizione degli interessi*. Una volta accertato che il «paradosso» (evocato da C. cost. n. 348/2007) della declaratoria di incostituzionalità di una norma legislativa generata dal confronto con una norma interposta anch'essa incostituzionale non abbia a verificarsi, ossia che il recepimento della norma interposta non incida in senso limitativo sul livello di tutela già assicurato dalla Costituzione al mede-

#### 4. La pregiudiziale assiologica di Corte cost. n. 49/2015 e il dilemma del giudice comune

In tale pronuncia<sup>22</sup>, le segnalate aperture all'accoglimento di una concezione pluralistica della tutela dei diritti fondamentali vengono ampiamente ritratte. Il Giudice delle leggi sembra arroccarsi su una posizione pregiudizialmente diffidente riguardo alla possibilità che la tutela dei diritti apprestata in sede europea convenzionale possa rivelarsi migliore di quella già garantita in sede costituzionale. Si tratta di una "pregiudiziale assiologica" che si sostanzia in un duplice ordine di conseguenze: il restringimento dello spettro di ipotesi legittimanti il ricorso alla questione di costituzionalità per contrasto con una norma della CEDU e la possibilità che oggetto di censura diretta da parte del giudice del rinvio sia la stessa norma interposta. A parere di chi scrive, entrambi i profili presentano una rilevanza decisiva, specie se valutati in combinazione tra loro, ai fini dell'abbandono della concezione in precedenza definita "funzionale" del primato della Costituzione in materia di tutela dei diritti.

Il primo ordine di conseguenze è stato puntualmente stigmatizzato dalla dottrina<sup>23</sup>, che, nelle sue voci più critiche, non ha mancato di rilevare come la

simo bene della vita, il Giudice delle leggi dovrebbe, pertanto, essere quasi "obbligato" a considerare l'obbligo internazionale come idoneo a integrare il parametro interposto, espungendo, per l'effetto, la norma interna con esso incompatibile. Il bilanciamento realizzato in applicazione dei principi di apertura dell'ordinamento e di massima espansione delle garanzie è, pertanto, sempre orientato verso l'accettazione del complesso delle tutele riconosciute a livello internazionale quale elemento di integrazione del contenuto di quelle già riconosciute in ambito domestico, così che il punto di equilibrio tra l'interesse generale perseguito dal legislatore e la tutela della sfera individuale su cui tale interesse è destinato a incidere è invariabilmente spostato verso quest'ultima (sempre che – come detto – la norma interposta accresca e non riduca, per altre vie, il livello di tutela). Sennonché, nella sentenza n. 264/2012 (e, da ultimo, in senso analogo, nella sentenza n. 269/2017) si ritrova accolta la diversa tesi secondo la quale è necessario anzitutto garantire l'equilibrio generale del sistema. L'obiettivo della massima espansione della tutela riconosciuta al singolo diritto può, quindi, essere sacrificato in nome di altri interessi ritenuti prevalenti. Ciò comporta, tuttavia, il rischio di depotenziare la portata innovativa del vincolo di rispetto degli obblighi internazionali, ricorrendo al bilanciamento in sede costituzionale come surrogato del (mancato) bilanciamento in sede legislativa e di reintrodurre implicitamente un primato non solo costituzionale, ma legislativo sul vincolo medesimo.

<sup>22</sup> C. cost. 26 marzo 2015, n. 49, disponibile all'indirizzo: [www.giurcost.org/decisioni/2015/0049s-15.html](http://www.giurcost.org/decisioni/2015/0049s-15.html).

<sup>23</sup> V. i contributi di M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, Cedu e diritto vivente*, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno* e F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49*, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in *materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, tutti in *Diritto penale contemporaneo (Riv. Trim.)*, disponibile all'indirizzo: [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2015, rispettivamente pp. 288-302, 325-332 e 333-343; V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Diritto penale contemporaneo*, disponibile all'indirizzo: [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 aprile 2015, pp. 1-28; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n.*

limitazione delle ipotesi suscettibili di scrutinio costituzionale ai soli casi di contrasto accertati con sentenza pilota o in seguito alla formazione di un orientamento consolidato raggiunga il «triplice risultato» di «depotenziare il ruolo» della Corte di Strasburgo (la cui giurisprudenza, fuori dai casi anzidetti, finisce per essere svalutata oltre misura, come se fosse l'espressione di un indirizzo evanescente o volatile<sup>24</sup>), di ridurre il margine di discrezionalità del giudice comune rispetto alla selezione del *case-law* utilizzabile a sostegno della propria peculiare attività interpretativa e, infine, di alleggerire il peso del confronto che la stessa Corte costituzionale è chiamata a sostenere con quella europea e il diritto vivente da essa prodotto<sup>25</sup>. Nulla di più lontano, invero, dalla concezione pluralista e circolare della tutela dei diritti precedentemente teorizzata.

Il secondo ordine di conseguenze derivanti dalla *conservative turn* della giurisprudenza costituzionale non ha, invece, suscitato le medesime reazioni critiche. In realtà, la possibilità che il giudice del rinvio fosse chiamato a sollevare la questione di costituzionalità direttamente in relazione al parametro interposto era stata preconizzata dalla dottrina più attenta sin nei primi

49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), maggio 2015, 1-10; R. CONTI, *La CEDU assediata?* (osservazioni a Corte cost., sent. n. 49/2015), in *Rubrica Studi di Consulta OnLine*, disponibile all'indirizzo: [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it), 2015, 181-193; P. MORI, *Il "predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu": Corte costituzionale 49/2015 ovvero della "normallizzazione" dei rapporti tra diritto interno e la Cedu*, in *SidiBlog*, disponibile all'indirizzo: [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), 15 aprile 2015; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 30 aprile 2015, 1-4; G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, *ibid.*, 7 dicembre 2015, 1-16; D. RUSSO, *Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2015, 1-8; N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, disponibile all'indirizzo: [www.rivistaoidu.net](http://www.rivistaoidu.net), 2015, 555-561.

<sup>24</sup> Una problematica di tal genere è emersa in occasione della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *De Tommaso c. Italia* (Grande Camera, sentenza del 23 febbraio 2017, disponibile all'indirizzo: <http://budoc.echr.coe.int/eng?i=001-171804>), nella quale il principio di diritto suscettibile di dare luogo a un contrasto con la legislazione nazionale è stato affermato per la prima volta dalla Grande Camera. Ciò ha provocato una diversa reazione tra i giudici comuni interessati all'applicazione del principio. Alcuni, in ossequio a una rigida applicazione dei criteri enunciati nella sentenza n. 49/2015, hanno considerato detto principio non sufficientemente "consolidato" e, quindi, inadatto a costituire un valido termine di confronto ai fini dell'esercizio dello scrutinio di costituzionalità. Altri, invece, tenuto conto del rilievo del consesso in cui il principio è stato elaborato, hanno ritenuto di investire comunque il Giudice delle leggi di una corrispondente questione di legittimità costituzionale.

<sup>25</sup> R. CONTI, *La CEDU assediata?*, cit., 182, nota 3.

commenti successivi all'adozione delle sentenze gemelle<sup>26</sup> e considerata come uno strumento utile a scongiurare che, nel caso in cui il tentativo di interpretare la norma interna in senso conforme al parametro interposto avesse dato esito positivo, si manifestasse il concreto rischio della permanenza nell'ordinamento «di una norma conforme ad altra norma (quella internazionale) di possibile dubbia costituzionalità». Di qui l'esigenza di dotare il giudice comune del potere/dovere di operare preliminarmente «l'interpretazione conforme a Costituzione della norma pattizia» e solo in seguito di provvedere all'interpretazione conforme della norma interna rispetto al parametro interposto<sup>27</sup>.

A parere di chi scrive, tuttavia, la saldatura tra la contrazione dello spazio di manovra assegnato al giudice comune in sede di primo accertamento dell'attitudine del diritto vivente di Strasburgo a entrare in collisione con la legislazione nazionale e l'estensione – di segno totalmente opposto – dell'ambito materiale di indagine anche ai profili di possibile illegittimità costituzionale delle norme interposte è in grado di determinare effetti seriamente destabilizzanti sull'attitudine dei giudici comuni a contribuire, per parte loro, alla progressiva eliminazione dall'ordinamento di quelle “sacche di resistenza” normativa che, in più di un'occasione (e tenuto conto dell'ormai cronico deficit di collaborazione da parte del legislatore), hanno rallentato in modo significativo il progresso sociale in materia di tutela dei diritti (si pensi solo al problema dell'irragionevole durata dei processi e alla sua apparente irrimediabilità).

L'anzidetta saldatura si manifesta chiaramente, nelle parole del Giudice delle leggi, laddove si afferma che «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU» è «subordinato al priori-

<sup>26</sup> Cfr. P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte*, cit., 315. V. anche A. RUGGERI, *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, cit., 5, nota 14.

<sup>27</sup> P. CARETTI, *op. loc. cit.*, 315. Le predizioni dell'A. riguardo ai possibili futuri orientamenti della Corte costituzionale non si limitano, peraltro, alla sfera dei rapporti tra ordinamento costituzionale e diritto convenzionale, ma si estendono anche a quelli con il diritto eurounitario. Egli si domanda, infatti, se «alla luce del riconoscimento, sancito dal Trattato di Lisbona, dell'eguale valore giuridico tra norme del Trattato e disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» non sia necessario ripensare anche alle modalità attraverso le quali il Giudice delle leggi intende confrontarsi con i vincoli derivanti dalla partecipazione all'ordinamento dell'Unione, adottando un modello di scrutinio sostanzialmente analogo a quello proposto per la valutazione delle norme della CEDU. Una soluzione che «avrebbe l'indubbio vantaggio di consentire alla Corte di recuperare un ruolo che ad essa certamente spetta ma che sinora è rimasto sterilizzato a fronte dello sviluppo di un rapporto diretto tra giudice interno e giudice comunitario per il tramite del rinvio pregiudiziale» e che «inoltre, potrebbe contribuire a rendere la Corte di giustizia più avvertita della consistenza di quelle “tradizioni costituzionali comuni”, che anche la Carta europea dei diritti annovera tra i parametri che essa deve utilizzare e che anziché il prologo ad inevitabili conflitti tra le due Corti, potrebbe rappresentare l'avvio di un proficuo dialogo tra le medesime» (318-319).

tario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU». Non può che derivarne una corrispondente svalutazione del vincolo imposto dall'art. 117 nei confronti del rispetto degli obblighi internazionali, relegato a strumento sussidiario e meramente eventuale di tutela dei diritti, atteso che «nel caso in cui sia il giudice comune ad interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un “diritto consolidato”, è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale»<sup>28</sup>.

Alla luce di tale netta presa di posizione – e delle successive rilevanti conferme della diffidente superiorità con cui il Giudice delle leggi sembra oggi guardare ai sistemi giuridici che dialogano con quello costituzionale<sup>29</sup> – un senso di comprensibile “smarrimento” potrebbe diffondersi nei giudici comuni. Ma, auspicabilmente, come preludio a una rinnovata azione di impulso al raggiungimento di un sempre più elevato livello tutela dei diritti.

<sup>28</sup> C. cost. n. 49/2015, par. 4 e 7 delle Considerazioni in diritto.

<sup>29</sup> Sembra essere di questo avviso anche A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali*, cit., 18, secondo il quale «[l]a confluenza dei conflitti verso la sede del sindacato accentratore rende conferma della vocazione nutrita dalla Consulta a poter dire in ogni caso l'ultima parola sulle controversie di diritto costituzionale e riguardanti diritti riconosciuti dalle Carte: vale al piano dei rapporti con la Corte dell'Unione, cui la pronuncia ora richiamata specificamente si riferisce, e vale altresì per i rapporti con la Corte EDU».