

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE*

GAETANO SILVESTRI**

Sommario

1. Premessa. – 2. La genesi delle sentenze. – 3. La contestualizzazione delle sentenze. – 4. I controlimiti. – 5. I trattati internazionali sono tutti eguali?. – 6. Il futuro.

Suggerimento di citazione

G. SILVESTRI, *Considerazioni conclusive*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

* Il presente contributo è la rielaborazione delle conclusioni svolte 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

** Presidente emerito della Corte costituzionale

1. Premessa

Data la vastità dei temi toccati nel corso di una giornata particolarmente emozionante, che mi ha riportato a dieci anni addietro e alle discussioni che si facevano in Corte Costituzionale insieme agli altri giudici, a partire da Giuseppe Tesouro, quelle che seguono sono da intendersi come considerazioni sparse più che conclusive.

2. La genesi delle sentenze

La genesi delle sentenze non si rinviene - come sottolineato da più di un oratore in questo convegno - nell'astratto interrogativo sui rapporti tra le fonti, ma nella pesante condanna pronunciata della Corte di Strasburgo con la sentenza *Scordino*, in cui si era riconosciuto un difetto strutturale della legislazione italiana, sulla cui base si calcolava l'indennità di espropriazione, ritenuta del tutto inadeguata rispetto ad una tutela effettiva del diritto di proprietà. La stessa Corte EDU, infatti, aveva contemporaneamente dichiarato che ciò non fosse riferibile ad una cattiva applicazione della legge in uno specifico caso concreto, non fosse quindi addebitabile ai giudici o agli amministratori. Inoltre veniva ricordata la pendenza di decine di cause analoghe, cd. seriali, che sarebbero state decise necessariamente in conformità, sulla base della "sentenza pilota" e del concetto di violazione strutturale.

La Corte costituzionale si trovò nella situazione di dover dare una risposta pratica ad un problema che coinvolgeva però numerosissime questioni teoriche. Nel far questo, si trovò di fronte a due possibilità.

Da un lato avrebbe potuto rivalorizzare la sentenza n. 10 del 1993 che, definendo la legge di esecuzione della CEDU una fonte atipica, aveva statuito l'impossibilità per la legge ordinaria successiva di modificarla o abrogarla. L'obiezione principale a questo ragionamento risiedeva proprio nel peculiare meccanismo capace di far derivare l'atipicità dal contenuto di una legge, sulla base del pleonasma "valore assiologico superiore", e non dal dato formale relativo al procedimento di formazione della stessa.

Si rese, perciò, necessario trovare un'altra strada. Non eravamo, infatti, nel 2007, - e non siamo ancora oggi - ad uno stadio dell'evoluzione della nostra cultura giuridica tale da consentire una così radicale sostituzione del fondamento di autorità col fondamento di valore che fosse in grado di dare un seguito a quella giurisprudenza.

Scartata la prima opzione, alla Corte non rimaneva che utilizzare la via dell'art. 117 Cost. e la dottrina delle norme interposte, che, tuttavia, si sarebbe dovuta riferire ad una elaborazione esclusivamente giurisprudenziale, operata dalla Corte EDU, sul diritto di proprietà, a partire dallo scarno contenuto del Protocollo numero 1. La ricezione nel nostro ordinamento doveva fare i conti con l'art. 42 della Costituzione: su questo punto all'interno della camera di

consiglio si sviluppò la discussione più vivace e, a tratti, più dura. Non era, infatti, semplice giungere ad una conciliazione tra la giurisprudenza convenzionale, che aveva dato concretezza ed era riuscita a trasformare in una vera e propria norma giuridica il Protocollo numero 1, e il dettato costituzionale che parlava di funzione sociale della proprietà.

Nell'alternativa tra una radicale apertura, che sarebbe avvenuta spalancando le porte alla giurisprudenza di Strasburgo, e una pari chiusura, facendo riferimento al dettato testuale dell'art. 42 della Costituzione, si scelse una soluzione intermedia, seguendo la logica che impone alle Corti supreme di muoversi, per così dire, *a piccoli passi*.

I primi commenti alla nota soluzione intermedia data dalle sentenze gemelle, - che tali realmente sono al di là dei tentativi di studiosi volti a dimostrare il contrario - sviluppano due distinte critiche: da un lato vi era chi diceva che la Corte costituzionale si era prosternata alla Corte EDU, dall'altro chi sottolineava come la risoluzione della problematica fosse avvenuta esclusivamente in termini di fonti interne, dimostrando così un atteggiamento di chiusura.

Qualcuno per fortuna si accorse della questione di fondo, relativa alla consistenza da dare al diritto di proprietà: per rispondervi era necessario chiedersi in che misura l'art. 42 della Costituzione fosse stato rimodellato dall'ingresso della giurisprudenza convenzionale nel nostro ordinamento. Anche su questo punto vi fu chi criticò la Corte per aver esaltato una sorta di *«egoismo proprietario in nome del libero mercato»*, sulla base del riconosciuto legame tra indennità di espropriazione e valore di mercato del bene, ma, d'altro canto, un commentatore disse che si trattava di una *«sentenza sovietica»*. Questa radicale diversità di critiche si traduceva in un inequivocabile segnale della bontà del nostro lavoro di giudici costituzionali.

A ben guardare, infatti, con le sentenze gemelle non si è dato luogo ad una effettiva modifica dell'art. 42 della Costituzione ma a un modo di interpretarlo adeguato alla contestualizzazione spazio-temporale della Carta fondamentale nell'ambito dell'Europa e dell'epoca contemporanea sempre nel rispetto dell'impianto fondamentale. Non può sfuggire a nessuno la considerazione che le costituzioni siano degli organismi viventi.

Ciò appare estremamente chiaro anche dalla lettura di una parte del punto 5.7 del Considerato in diritto della sentenza n. 348: «Si deve tuttavia riaffermare che il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablati. L'art. 42 Cost. prescrive alla legge di riconoscere e garantire il diritto di proprietà, ma ne mette in risalto la «funzione sociale». Quest'ultima deve essere posta dal legislatore e dagli interpreti in stretta relazione all'art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale. Livelli troppo elevati di spesa per l'espropriazione di aree edificabili destinate ad

essere utilizzate per fini di pubblico interesse potrebbero pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri) e potrebbero essere di freno eccessivo alla realizzazione delle infrastrutture necessarie per un più efficiente esercizio dell'iniziativa economica privata». È questo il passo che attirò sulla sentenza l'accusa di essere "sovietica". Del resto, come sappiamo, anche sull'intera costituzione italiana piovono accuse di "sovietismo" da parte di ultra-liberisti alla moda.

Non si dimentichi, infine, che alla Corte erano stati fatti studi sull'entità dell'indennità di espropriazione: questa si era rivelata talmente risibile, intorno al 20-25% del valore mercato, da poter esser assimilata ad una confisca.

3. La contestualizzazione delle sentenze

Il vero problema della Corte costituzionale e dei giudici comuni - ma, in realtà, anche del legislatore, pur nella sua latitanza - è quello relativo alla contestualizzazione delle sentenze. Un tema che all'epoca alla Corte parve scontato, ma che non si rivelò tale nel seguito: si dimenticò il carattere casistico della giurisprudenza di Strasburgo, che rende necessario individuare, con metodo induttivo, gli indirizzi dalla stessa, come pure sembrò messo da parte il carattere rigido della nostra Costituzione, che non ammette modificazioni tacite che non siano comunque legate ad un formale procedimento di revisione.

L'opera di contestualizzazione implica, del resto, una fortissima responsabilità dell'interprete: proprio da questo nasce la sentenza n. 311 del 2009, che parla di "sostanza" della giurisprudenza di Strasburgo ovvero della possibilità di trarre da essa un principio, una regola o, in ultima ipotesi, un indirizzo in grado di far nascere un vincolo. La sentenza n. 311 specifica quello che era già implicito nelle sentenze gemelle, e sulla stessa scia, a ben vedere, si colloca la n. 49 del 2015. Difatti il punto 4.6 del considerato in diritto della sentenza n. 348 contiene la seguente affermazione: «poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia.»

L'interpretazione dell'aggettivo "eminente" ha suscitato un notevole, per certi versi immotivato, dibattito. Tale aggettivo - lo si sarebbe potuto specificare con maggiore forza - significa che, nella costruzione dell'interpretazione

della Convenzione, cui partecipano anche i giudici comuni, è necessario dare un ruolo importante alla Corte di Strasburgo. Nel testo però non si usano volutamente i termini preminente o vincolante, ben consapevoli della successiva opera di contestualizzazione attribuita necessariamente all' interprete.

4. I controlimiti

Sulla questione dei controlimiti la Corte era stata chiara: nel caso di norme Cedu tutta la Costituzione funge da possibile controlimite. La Corte non ha voluto inserire il diritto di proprietà tra i principi supremi e per questo ha statuito che la giurisprudenza della Corte EDU non potesse violare qualsiasi articolo della Costituzione, lasciando quindi impregiudicati il ruolo e la collocazione dell'art. 42 Cost.

Si potrebbero trovare moltissime problematiche analoghe tanto da interrogarsi sulla tenuta, della stessa dottrina dei controlimiti, a distanza di 34 anni, dalla geniale soluzione della sentenza n. 170 del 1984 a proposito del diritto comunitario (oggi della UE). Quest'ultima realizzò, sulla scia degli studi di Crisafulli, l'integrazione tra principio di gerarchia e principio di competenza: chi decide la collocazione, o non, di singole norme della Costituzione tra i principi supremi? Si è messo, infatti, nelle mani della Corte costituzionale un potere enorme, quello di operare una scelta di valore tra i 139 articoli della Costituzione, non essendo sufficiente distinguere tra prima e seconda parte, vista la compenetrazione tra di esse, come ha chiarito la dottrina più avvertita.

La soluzione operata dalla Corte, in termini di competenza, nel 1984 difficilmente regge sul piano logico giuridico anche con riferimento al diritto dell'UE. Cosa potrà succedere in futuro? Si tratta, di un problema che rimane sul tavolo, senza necessità che ci si definisca "sovrani" se si dubita di essa. Peraltro, secondo chi vi parla, la sovranità può essere intesa solo in senso oggettivo, con una serie di conseguenze, sul piano dei rapporti tra diritto nazionale e diritto sovranazionale che in questa sede, per esigenze di brevità, non posso illustrare.

Ce n'è abbastanza per non estendere gli stessi problemi anche alla CEDU.

5. I trattati internazionali sono tutti uguali?

La risposta della sentenza n. 10 del 1993, basandosi sul contenuto assiologico della CEDU, era stata negativa. Le sentenze gemelle a questa domanda non hanno dato una risposta, il che è ben diverso dal dire che sia stata data una risposta generalista., nel senso che tutti trattati stanno sullo stesso piano. La Corte si è basata unicamente sulla questione sottoposta alla sua attenzione e quindi sulla Convenzione. Si veda analogamente la sentenza n. 7 del 2013 riferita alla Convenzione di New York per la tutela dei diritti del fanciullo. Non dubito che la Corte prenderà una chiara posizione su ogni trattato, anche di

infimo valore assiologico, che verrà, nel corso del tempo, sottoposto alla sua attenzione. Ogni soluzione prefabbricata rischia di essere fallace.

I trattati presi in considerazione finora aprono tuttavia un problema di bilanciamento. La sentenza n. 317 del 2009 della Corte costituzionale dà una bussola per orientarsi in tali operazioni: il principio di massima espansione delle libertà e delle garanzie, teorizzato da Paolo Barile, e la necessità che la tutela sia sistemica e non frazionata. In quello stesso passaggio (punto 7 del Considerato in diritto) si dice che, mentre la Corte di Strasburgo decide caso per caso, diritto per diritto, la Corte costituzionale ha il dovere di compiere il bilanciamento con tutti gli altri diritti. Non è, quindi, compito della Corte Edu porsi tale problema, specie in considerazione del vasto numero di ordinamenti con cui si trova a che fare. tale operazione si rivelerebbe inutile, oltre che dannosa. Se non fossero insiti nell'opera di bilanciamento due principi fondamentali: quello della massima espansione e quello della contestualizzazione.

6. Il futuro

Da molti è stato detto che la Corte avrebbe rivendicato il controllo di convenzionalità accentrato sulla base di una questione di potere, non lasciando spazio alla disapplicazione da parte dei giudici comuni. Non si è trattato però di una questione di potere ma di responsabilità: i diritti fondamentali sono una questione troppo seria per essere tutelati a scacchi, a macchia di leopardo, dai diversi organi giurisdizionali o addirittura da sezioni diverse della Cassazione. Parafrasando Dworkin potremmo parlare di «diritti fondamentali presi sul serio».

Alla Corte costituzionale interessava, esclusivamente parlare in termini di responsabilità, ripeto, mettere fine ai casi di applicazione/disapplicazione operati in solitaria dai giudici comuni, riaffermando invece l'importanza, - *in primis* nei confronti dei cittadini - di pronunciare una dichiarazione di illegittimità costituzionale efficace nei confronti della generalità dei consociati.

* * *

In conclusione, voglio ricordare il caso della sentenza sulle pensioni svizzere che richiama la questione dei controlimiti e la possibilità che si verificino casi problematici, a differenza di quanto sostenuto fino a dieci o quindici anni fa, quando si riteneva del tutto improbabile che si parlasse in concreto di controlimiti in una sentenza della Corte costituzionale. La realtà supera spesso la fantasia.

A mio avviso potremmo risolvere i problemi nuovi solo con coordinate che tengano conto della stretta compenetrazione tra criterio formale e criterio assiologico. L'intuizione della sentenza n. 10 del 1993, corroborata dai successivi

svolgimenti, non va lasciata cadere, essendo nostro compito quello di continuare a guardare alla stretta integrazione tra contenente e contenuto. Esiste, ed è innegabile, una dialettica tra l'uno e l'altro, che non ci consente facili astrazioni. Queste, di fronte alla complessità della nostra società e delle nostre istituzioni, si rivelano del tutto insufficienti.