

## Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un “modello” internamente composito)

di Antonio Ruggeri  
(28 febbraio 2011)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il doppio volto della CEDU, quale “legge” e parametro di validità delle leggi, e l’articolazione in tipi delle applicazioni dirette, alcune ponendosi come *proprie* ed altre come *improprie* o *mascherate*. – 2.1. L’applicazione diretta (e *propria*), per effetto della operatività del canone della *lex posterior*. – 2.2. L’applicazione della CEDU in caso di vuoto della legislazione o della stessa Costituzione. – 2.3. L’ipotesi inversa, che – fermo il vuoto legislativo – venga applicata, in vece della norma convenzionale, una norma costituzionale. – 2.4. L’applicazione di norma convenzionale malgrado la sua acclarata incompatibilità rispetto alla Costituzione, in nome della... *Costituzione stessa*. – 2.5. Il conflitto tra legge e CEDU, l’una conforme e l’altra invece contraria a Costituzione. – 3. Applicazioni dirette e applicazioni indirette di norme convenzionali sostanzialmente riproduttive di norme internazionali generalmente riconosciute. – 4. Norme convenzionali coincidenti con norme dell’Unione autoapplicative e norme dell’Unione specificativo-attuative di norme convenzionali. – 5. Esperienze d’interpretazione conforme: esclusione di un ordine gerarchico che non sia meramente *culturale* tra le interpretazioni in parola e carattere non autenticamente “interpretativo” (ma sostanzialmente “normativo”) di talune di esse, per effetto del quale si assiste non di rado all’applicazione diretta della CEDU. – 6. Tirando le somme.

### 1. Premessa

La questione è – come si sa – accesamente discussa e fatta oggetto di non in tutto uniformi ed univoche soluzioni nella giurisprudenza comune. Per quanto infatti quest’ultima sembri complessivamente disposta a muoversi lungo il solco tracciato dalla Consulta (a partire dalle ormai arcinote sentenze “gemelle” del 2007), non sono mancate (e non mancano) deviazioni anche vistose dal solco medesimo, peraltro prontamente segnalate dalla più avveduta dottrina<sup>1</sup>, che – a tacer d’altro – denotano uno stato di inquietudine che aleggia nelle aule in cui si somministra quotidianamente giustizia. A riprova del fatto che una giustizia... *giusta*, che dia sollecita e congrua risposta a talune pressanti istanze ad essa rappresentate da una umanità sempre più di frequente dolente e sconsolata (e, tuttavia, appunto non rassegnata), richiede talvolta il ricorso al meccanismo dell’applicazione diretta della CEDU (al pari di altre Carte dei diritti), siccome giudicato il più adeguato a far fronte ai bisogni emergenti dal caso<sup>2</sup>.

D’altro canto, la stessa giurisprudenza costituzionale, che pure ha a tutt’oggi tenuto l’atteggiamento che sappiamo, sembra non aver ancora messo del tutto a punto, perfezionato, il modello dei rapporti interordinamentali delineato nelle pronunzie sopra citate; man mano infatti che gliene si dà l’opportunità, precisa, rifinisce, aggiusta – alle volte con precisazioni apparentemente secondarie, poco appariscenti, e nondimeno, a mia opinione, significative – i tratti maggiormente espressivi del modello stesso. E non posso qui tacere, al di là di ogni segno avverso proveniente dalla Consulta, di seguire a ritenere, così come ebbi subito a dire annotando a prima lettura le decisioni del 2007<sup>3</sup>, che la giurisprudenza in parola appare ai miei occhi essere di transizione: una transizione che

<sup>1</sup> Riferimenti possono ora aversi da R. CONTI, *La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Roma 2011.

<sup>2</sup> L’intera riflessione che ora si avvia resta circoscritta – come si segnala già nel titolo da essa recato – alla CEDU; molte delle osservazioni fatte appaiono tuttavia estensibili anche alle altre Carte dei diritti. La scelta si deve al fatto che la Convenzione è garantita a mezzo di strumenti che le Carte restanti non hanno e che essa intrattiene con la Carta di Nizza-Strasburgo rapporti che nuovamente non si hanno da parte delle altre Carte.

potrebbe volgersi proprio verso la meta di una (pur se non generalizzata) applicazione diretta. Soluzione, questa, che potrebbe trovare uno spazio non poco consistente per farsi valere, quanto meno con riguardo a taluni casi in relazione ai quali può, ancora meglio della soluzione opposta (che passa attraverso il giudizio di “convenzionalità” reso dalla stessa Corte costituzionale), rivelarsi foriera di maggior appagamento nei riguardi dei diritti.

Scopo della succinta riflessione che si passa ora a fare è tentare di addurre qualche argomento a sostegno di questa tesi.

## 2. Il doppio volto della CEDU, quale “legge” e parametro di validità delle leggi, e l’articolazione in tipi delle applicazioni dirette, alcune ponendosi come proprie ed altre come improprie o mascherate

La CEDU, al pari per questo verso di altri documenti internazionali, presenta, nelle forme del suo giuridico rilievo interno, una strutturale ambiguità, da cui invero possono alimentarsi tanto la tesi favorevole quanto quella avversa alla sua applicazione diretta; e che è data dalla sua duplice veste di “legge” e di parametro delle leggi. Per l’una, nessun ostacolo in punto di diritto si oppone a che sia appunto subito applicata nelle aule di giustizia (e dagli operatori in genere); per l’altra, la sua inosservanza da parte di norme di legge (o di atti a questa equiparati) è causa d’invalidità, originaria o sopravvenuta che sia, in conformità allo schema usuale della fonte interposta, per violazione indiretta dell’art. 117, l c. (e, come si vedrà, di altri disposti ancora della Carta costituzionale).

Ora, quanti difendono a spada tratta la tesi dell’applicazione diretta *per ogni caso* sembrano trascurare la seconda faccia della medaglia; all’opposto, quanti, in nome della “copertura” dalla Costituzione offerta alla CEDU (e al diritto internazionale in genere), vorrebbero sempre e comunque percorsa la via che porta al sindacato di “convenzionalità-costituzionalità” da parte del giudice delle leggi parrebbero non dare il giusto risalto alla qualità della Convenzione stessa di “legge”, di legge *a tutti gli effetti*, essendo stata in tale forma recepita in ambito interno.

In un certo senso, può dirsi che – *ai limitati fini della sua applicazione* (e senza pregiudizio ora di altri profili giuridicamente rilevanti) – la CEDU oscilla tra il piano primario e quello “subcostituzionale”: termine, quest’ultimo, che da se medesimo si ammantava di una congenita ambiguità, dalla stessa Corte alimentata e ad oggi non rimossa, sol che si consideri che, in una delle sue più recenti e significative pronunzie (la sent. n. 317 del 2009), la Corte stessa, nel ribadire il carattere della Convenzione di fonte appunto “subcostituzionale”, ha nondimeno tenuto a precisare che, per un verso, non per ciò essa è di rango superiore a quello delle leggi comuni e che, però, per un altro verso, nel momento in cui va ad integrare il parametro costituzionale, “da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti”. Più avanti, tenterò di sciogliere il dilemma, sia pure però col costo (o col beneficio...) di discostarmi, al piano metodico prima ancora che a quello teorico-ricostruttivo, dall’indirizzo fatto proprio dalla Consulta.

Al fine di dare un minimo di ordine alla esposizione che segue, nel passare in rassegna i casi in cui è, a mia opinione, possibile (e, anzi, doverosa) l’applicazione diretta della CEDU, distinguerò quelli che suggerisco di chiamare di applicazione *propria* da quelli di applicazione *impropria* o, diciamo così, *mascherata*, apparentemente debordanti dai confini entro cui si dispongono i primi e, tuttavia, a me pare meritevoli di non diverso rilievo, pur restando l’applicazione stessa non immediatamente percepibile, prendendo

---

<sup>3</sup> La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologica-sostanziale d’inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007), in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

essa forma attraverso canali sotterranei, non visibili ad occhio nudo appunto. Al di fuori degli uni e degli altri, poi, rimane l'area coperta dalle applicazioni indirette, conseguenti al giudizio della Corte costituzionale: un'area essa pure a tutta prima molto larga, che però tende, a mio modo di vedere, in misura crescente a restringersi, al punto da potersi prevedere che, di qui a non molto, essa risulterà assai meno consistente della prima.

## 2.1. *L'applicazione diretta (e propria), per effetto della operatività del canone della lex posterior*

Il primo caso che va preso in considerazione riguarda la sopravvenienza della (legge di esecuzione della) CEDU rispetto ad altra legge; ed allora, come si è fatto ancora di recente opportunamente notare<sup>4</sup>, non si vede perché mai debba restare assiomaticamente esclusa la eventualità che la prima prenda subito il posto della seconda. Certo, va fatta ogni volta la verifica del possesso di siffatta attitudine, che non è detto che si abbia ma, appunto, neppure è detto che mai si dia. Si tratta, in altri termini, di far luogo al riscontro della omogeneità ovvero della eterogeneità di struttura nomologica degli atti in campo, l'una spianando (e l'altra invece sbarrando) la via al dispiegarsi del fenomeno abrogativo.

Nessun pregio è al riguardo da dare alla circostanza per cui il linguaggio della Convenzione, al pari di quello di altre Carte, è a maglie larghe (e talora larghissime), dal momento che non poche leggi esibiscono uguale proprietà di disposto, che nondimeno non osta alla loro immediata applicazione in sede giudiziaria; allo stesso modo, peraltro, come si dirà a momenti, della stessa Costituzione, con riferimento ai casi in cui se ne faccia appunto diretta applicazione<sup>5</sup>.

Né ha parimenti pregio appellarsi alla differenza sussistente tra le norme convenzionali e quelle comunitarie (o meglio, come ho suggerito di chiamarle<sup>6</sup>, "eurounitarie"), le seconde soltanto – si dice – essendo dotate dell'attitudine alla immediata applicazione in quanto, per un verso, provviste della "copertura" loro offerta dall'art. 11 e, per un altro, per il fatto che la qualità in parola è riconosciuta dall'ordinamento di appartenenza.

Sia l'uno che l'altro argomento non reggono infatti ad una loro verifica critica appena approfondita. Non l'uno, sol che si consideri, da un lato, che la "copertura" suddetta è data a tutto il diritto eurounitario (dunque, anche alle sue norme non *self-executing*) e, dall'altro, che la medesima "copertura", diversamente da quanto ritenuto dalla Consulta e dai suoi benevoli seguaci, può, a parer mio e di altri, esser predicata a vantaggio delle stesse norme convenzionali, senza peraltro escludere la circostanza che

<sup>4</sup> E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano 2010, 122 ss., e A. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il "dialogo" tra le Corti*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) e in corso di stampa negli Atti relativi al Convegno del Gruppo di Pisa su *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Pisa 4-5 giugno 2010, nonché, già il mio *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 3/2009, par. 5.

<sup>5</sup> Su di che, per tutti, R. BIN, *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, a cura dell'AIC, Napoli 2010, 201 ss. e R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino 2009, 40 ss. e 52 ss., nonché R. ROMBOLI, in più scritti, tra i quali *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in AA.VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. Campanelli, Torino 2009, 25 ss., e *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quad. cost.*, 1/2009, 91 ss.; F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) 24/2010.

<sup>6</sup> ... nel mio *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2010, 125 ss.

una non dissimile (e, forse, ancora più pregnante...) "copertura" può vantare la CEDU in altri principi ancora della Carta, a partire da quello di cui all'art. 2, nel suo fare "sistema" con l'art. 3 e coi principi restanti. Non l'altro, poi, dal momento che, nella sua veste di "legge", la CEDU, laddove appunto idonea ad essere portata subito ad applicazione, può e deve esserlo.

È interessante notare come, per l'aspetto ora considerato (e il punto sarà ripreso anche più avanti per altri), lo stesso documento normativo possa esibire al proprio interno norme immediatamente applicabili e nome non immediatamente applicabili: tutto appunto dipende da come nel singolo caso le norme stesse acquistano giuridico rilievo, per il modo con cui si pongono davanti al caso stesso e in rapporto con altre norme.

Dalla prospettiva ora adottata, non decisiva è la circostanza per cui la CEDU, oltre ad essere una "legge", è altresì parametro delle leggi stesse o – se si preferisce – è fonte sovraordinata a queste ultime, anche se – come si è accennato – la Corte sembra considerare impropria questa qualifica, pur muovendosi nell'ordine di idee della "interposizione" tra Costituzione e legge. E ciò, ove si ammetta la possibilità del dispiegarsi del fenomeno abrogativo anche tra fonti non equiordinate, sempre che appunto quella posteriore e sovraordinata si presenti idonea a prendere subito il posto di quella anteriore e subordinata<sup>7</sup>.

## 2.2. L'applicazione della CEDU in caso di vuoto della legislazione o della stessa Costituzione

Al secondo caso di applicazione diretta *propria* si è fatto appena cenno e se ne può dunque ora dire con la massima rapidità. Esso si presenta in due "varianti", per quanto la seconda appaia di più remoto riscontro della prima.

Si fa dunque riferimento all'ipotesi che si dia un vuoto legislativo e che esso sia appunto colmato dalla CEDU. A rigore, anzi, il vuoto non c'è, proprio perché c'è la... CEDU, cioè la legge con cui essa è stata recepita in ambito interno. È singolare che molti storcano il muso davanti alla eventualità della applicazione diretta della fonte convenzionale, trascurando tuttavia, per un verso, che essa – come si segnalava – è senza indugio alcuno ammessa con riguardo alla Costituzione e, per un altro e decisivo verso, che la CEDU – non ci si stancherà di ripetere – è pur sempre una "legge" e che i giudici alle leggi stesse sono (esclusivamente) soggetti<sup>8</sup>.

La seconda variante della tesi, cui un momento fa si accennava, è data dall'ipotesi che, oltre a fare difetto una (altra) norma di legge, manchi altresì una norma costituzionale che espressamente e specificamente riguardi il caso.

Non è agevole – come pure si avvertiva – fare esempi al riguardo, tanto più se si tiene conto della indubbia, forte tendenza a far dilatare, alle volte – si convenga – oltre misura, la portata del dettato costituzionale.

Ora, non è di qui riprendere talune vessate questioni della teoria costituzionale, dalle immediate ricadute specie al piano della interpretazione (e dell'applicazione) della legge fondamentale. Alle volte, si ha davvero la sensazione che, secondo una nutrita

---

<sup>7</sup> Non si dimentichi che sin dalla sua prima, storica decisione la Corte ha ammesso che le antinomie Costituzione-leggi prerepubblicane potessero (e possano) essere ripianate tanto a mezzo della tecnica dell'abrogazione quanto con quella della invalidità sopravvenuta; uno schema, questo, che ha poi esteso ad altri casi d'"interposizione" (ad es., nei rapporti tra leggi-quadro sopravvenienti e leggi regionali espressive di potestà ripartita).

<sup>8</sup> Su come vada inteso il principio di cui al II c. dell'art. 101 cost., indicazioni, accompagnate da una interessante e finemente argomentata proposta ricostruttiva, sono di recente venute da D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*. Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana, Napoli 2008.

schiera di studiosi, la Costituzione dica praticamente *tutto su tutto*, senza che peraltro questa dottrina si dia mostra di avere consapevolezza dei guasti che possono accompagnarsi ad un siffatto, smodato modo di intendere la Costituzione stessa, primo su tutti quello di farla docilmente piegare davanti alle più varie opzioni interpretative, specie di quelle con particolare vigore sollecitate e sorrette da una politica sempre più smaliziata ed aggressiva. Né consola la circostanza che le opzioni stesse possono talora godere dell'indulgente avallo del giudice delle leggi<sup>9</sup>, dal momento che è proprio quando quest'ultimo propone ardite o, diciamo pure, avventurose letture di questo o quell'enunciato che appare maggiormente incombente il rischio della sua delegittimazione, nel mentre la comunità torna pensosa ad interrogarsi sull'antico dilemma di Giavoleno: *quis custodiet ipsos custodes?*

È chiaro che, per lo scenario che non ammette, in modo assiomatico, l'esistenza del vuoto costituzionale<sup>10</sup>, la disciplina convenzionale parrebbe assolvere al compito di dare la *prima, diretta ed immediata* specificazione-attuazione del quadro costituzionale<sup>11</sup>, mentre per lo scenario che riconosce l'esistenza del vuoto suddetto, essa si porrebbe altresì quale strumento di integrazione del quadro stesso. In un caso e nell'altro, ad ogni buon conto, non resta sbarrata la via dell'applicazione diretta della disciplina di origine esterna.

È interessante notare come gli stessi principi fondamentali non restino immuni a quest'opera di aggiornamento semantico o d'integrazione per via d'interpretazione.

Riprendo ora un esempio che ho già fatto in altri luoghi e che mi pare particolarmente istruttivo.

Si consideri dunque la diversa ampiezza esibita rispetto al nostro art. 3 dalla Carta di Nizza-Strasburgo (e molti altri esempi potrebbero farsi con appello ad altre Carte) per ciò che riguarda l'eguaglianza senza distinzioni di sesso o – si aggiunge significativamente – di orientamento sessuale. Ebbene, si può al riguardo ragionare nel senso che la formula della Carta dell'Unione costituisca la mera esplicitazione di un precetto di già tutto quanto racchiuso in Costituzione (forse, più ancora che nell'art. 3, cit., nell'art. 2 ovvero risultante dal "combinato disposto" di entrambi<sup>12</sup>), così come, con maggiore fedeltà al testo, si può convenire che la formula stessa integri il dettato costituzionale. Nell'un caso, l'operatore farebbe a un tempo applicazione diretta sia della Costituzione che della Carta europea; nel secondo solo di quest'ultima. Il risultato, ad ogni modo, praticamente non cambia.

---

<sup>9</sup> A riguardo del modo con cui la Corte si pone davanti alla politica (e questa a quella), indicazioni possono aversi da AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, a cura di V. Tondi della Mura-M. Carducci-R.G. Rodio, Torino 2005 e, da ultimo, dai contributi ospitati da *Percorsi costituzionali*, 2-3/2010.

<sup>10</sup> Si faccia caso al fatto che, a stare a quest'ordine di idee, parrebbe in radice esclusa l'eventualità dell'utilizzo dello strumento della revisione costituzionale a finalità integrativa, non già di mera modifica del dettato preesistente, in disprezzo dell'indicazione testuale offerta dall'art. 138 [in merito alla distinzione, fatta – come si sa – oggetto di accesa *querelle*, tra *leggi di revisione costituzionale* e *altre leggi costituzionali*, tra i molti altri e per tutti, C. ESPOSITO, *Costituzione, leggi di revisione della costituzione e "altre" leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, III, Milano 1962, 199 ss.; R. TARCHI, *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, in *Comm. Cost.*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 1995, 271 ss.; M. CECCHETTI, *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1996-2006)*, in AA.VV., *Osservatorio sulle fonti 2006, Le fonti statali: gli sviluppi di un decennio*, a cura di P. Caretti, Torino 2007, 1 ss., spec. 5 ss.; F. BERTOLINI, *Leggi di revisione costituzionale e altre leggi costituzionali*, in *Il Diritto, Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, V (2007), 1 ss., spec. 7 s. Infine: A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*<sup>2</sup>, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, Bologna-Roma 2011, 392 ss.]. La stessa dottrina corrente tuttavia, giustamente, non si spinge fino a tanto.

<sup>11</sup> ... nel presupposto della conformità della disciplina stessa a Costituzione. L'ipotesi opposta è subito di seguito ragionata nel testo.

<sup>12</sup> Efficaci rilievi a riguardo del modo con cui i principi in parola si alimentano e sorreggono a vicenda sono, non molto tempo addietro, venuti da G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009.

L'esempio appare poi particolarmente istruttivo anche sotto un altro profilo e ad un altro piano, quello delle vicende della normazione, dando conferma della tesi, nella quale da tempo mi riconosco, secondo cui gli stessi principi fondamentali soggiacciono a modifica, sia pure appunto a mera finalità di integrazione, allo scopo cioè di allargare il raggio della loro azione e di rafforzare ulteriormente le loro potenzialità espressive o – il che è praticamente lo stesso – di valorizzarle ancora di più, di servire cioè ancora meglio i valori dei quali i principi stessi costituiscono la prima e più genuina rappresentazione grafica nel mondo del diritto<sup>13</sup>. Se infatti si ammette che *allo stesso livello* dei principi possano affiancarsi e ad essi saldarsi norme di origine esterna, rese peraltro esecutive in ambito interno con atti primari di normazione (e, comunque, con atti espressivi di *potere costituito*, non già di *potere costituente*), come negare che il medesimo o analogo contenuto di quello racchiuso negli atti in parola possa aversi in atti dotati di forza ancora maggiore, quali sono appunto quelli che vengono alla luce con le procedure dell'art. 138?

### 2.3. *L'ipotesi inversa, che – fermo il vuoto legislativo – venga applicata, in vece della norma convenzionale, una norma costituzionale*

Le cose invece si complicano non poco nel caso che, fermo il vuoto legislativo, si riconosca essere insussistente quello costituzionale, allo stesso tempo la norma convenzionale apparendo all'operatore di assai dubbia compatibilità col dettato costituzionale o, diciamo pure, con quest'ultimo in aperto, irriducibile contrasto<sup>14</sup>.

La vicenda può avere plurimi svolgimenti, come tenterò subito di spiegare; quel che, nondimeno, importa è che, una volta che si ammetta il contrasto in parola, il passaggio dal giudizio della Consulta parrebbe essere obbligato. Quello che ora si descriverà è, dunque, uno scenario alternativo a quello dell'applicazione diretta di norma convenzionale; merita tuttavia ugualmente di essere preso in rapida considerazione, nel quadro di una compiuta, seppur rapida, descrizione di ogni evenienza possibile.

A stare all'ordine di idee della Consulta, per la parte in cui qualifica la CEDU come fonte "subcostituzionale", il rischio che la CEDU stessa, per il tramite della legge che vi ha dato esecuzione, sia annullata dal giudice delle leggi è incombente (annullamento al quale farebbe poi verosimilmente seguito l'applicazione diretta della norma costituzionale posta a base del verdetto caducatorio). Una eventualità, questa, dalle implicazioni assai gravi, specie se si tiene conto del fatto che, nella prassi ormai stabilmente affermatasi, unitamente alla norma giudicata costituzionalmente illegittima cade anche il testo (la *disposizione*), in ciascuno dei suoi possibili, astrattamente innumerevoli, significati. L'enunciato convenzionale perderebbe pertanto validità (ed efficacia) *per tutti e per sempre*, anche per casi che nulla hanno a che vedere con quello che ha dato origine alla pronuncia della Corte. L'effetto di annullamento equivale, insomma, a conti fatti, all'effetto di abrogazione (segnatamente, di abrogazione nominata), facendosi dunque della Corte un organo d'interpretazione autentica sia della legge che della stessa Costituzione (che poi proprio questa costruzione teorica, ormai d'uso comune, dia fiato alla temibile configurazione della Corte quale *potere costituente permanente* è cosa su cui ci si è già intrattenuti in altri luoghi e che non può essere ora nuovamente fatta oggetto di studio).

<sup>13</sup> A riguardo della distinzione tra valori e principi, v., tra i molti altri, A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli 2007, spec. 136 ss. e 357 ss., ma *passim*; A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Ann., II, t. 2 (2008), 198 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, spec. 205 ss.; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., spec. 35 ss., ma *passim*; G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010.

<sup>14</sup> Si vedrà tuttavia a breve che l'ipotesi è resa di assai remoto riscontro grazie ad un uso sapiente e coraggioso delle tecniche interpretative.

È dunque anche in considerazione di tutto ciò che si è altrove proposto di ripiegare su una soluzione più “mite”, che porti a considerare la norma convenzionale come inidonea ad “integrare” il parametro costituzionale, proprio a motivo della sua incompatibilità rispetto ad esso, vale a dire, in buona sostanza, come “irrilevante” per *quel* caso, non pure ovviamente per altri<sup>15</sup>.

Dubito tuttavia fortemente che un apprezzamento siffatto possa aversi *motu proprio* dal giudice, senza passare dunque dal giudizio della Consulta. Non si può nondimeno tacere che praticamente ad un non dissimile esito può pervenirsi grazie ad un uso sapiente e coraggioso della tecnica del *distinguishing*, qualora lo stesso giudice rilevi il carattere “eccentrico” rispetto al caso della disposizione convenzionale di cui in cuor suo egli dubiti, risparmiandole dunque l’onta dell’esplicito riconoscimento della sua incostituzionalità e provvedendo in alternativa all’applicazione diretta della Costituzione (ovviamente, la tecnica in parola potrebbe trovare utilizzo presso la stessa Corte, se adita, così come peraltro in molti casi si ha, anche per questioni che nulla hanno a che fare con quelle di cui ora si tratta).

Insomma, così come si danno casi di applicazione diretta si hanno anche casi di disapplicazione diretta della Convenzione, sia pure – come si diceva – camuffati.

#### 2.4. *L’applicazione di norma convenzionale malgrado la sua acclarata incompatibilità rispetto alla Costituzione, in nome della... Costituzione stessa*

Il punto sarà ripreso, sotto altri aspetti, anche più avanti. Ciò che però ora mi preme maggiormente mettere in evidenza, con riguardo ai casi di conflitto Costituzione-CEDU, è che la disapplicazione di quest’ultima non costituisce affatto – come invece comunemente si pensa, sulla scia di un’indicazione ancora una volta venuta dalla Consulta – l’esito linearmente e necessariamente conseguente all’accertamento del conflitto stesso. Di contro, può darsi che si faccia ugualmente applicazione della norma convenzionale, malgrado il *vulnus* da essa recato alla Costituzione, in nome della... *Costituzione stessa*.

Tento di spiegarmi, muovendo da una premessa nella quale lo stesso giudice delle leggi si riconosce, che attiene alla ricerca della norma idonea ad apprestare la più “intensa” tutela ai diritti (secondo una opportuna precisazione dello stesso giudice, all’intero *sistema* dei diritti e, più in genere, dei beni costituzionalmente protetti, non già al singolo diritto in gioco)<sup>16</sup>.

La Corte, per vero, ha di mira col suo ragionamento di fare ugualmente salve norme di legge (appunto idonee a dare la tutela in parola), malgrado la loro acclarata incompatibilità con norme convenzionali. A me pare però del tutto chiaro che lo schema, se vale (come vale) al piano dei rapporti tra legge e CEDU, non può che essere dotato di uniformi e generali applicazioni, consentendo dunque in sede di raffronto tra CEDU e

---

<sup>15</sup> La tesi è affacciata nel mio *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Pisa 4-5 giugno 2010, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), spec. al par. 4. Quanto poi al rischio che la ricostruzione corrente dell’effetto ablativo delle pronunzie della Corte porti a fare di quest’ultima un *potere costituente permanente*, v. il mio *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, Intervento al Seminario su *Corte costituzionale vent’anni dopo la “svolta”*, Stresa 12 novembre 2010, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

<sup>16</sup> Il riferimento è alla già cit. sent. n. 317 del 2009. Divergente sul punto, di cruciale rilievo, l’indirizzo di cui si fa portatrice la Corte di Strasburgo, che invece mira alla cura del singolo diritto di volta in volta in gioco (su ciò, E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.* 7/2010, 955 ss., spec. 961). Quanto poi ai modi con cui far luogo alla ricognizione della norma idonea ad apprestare la più “intensa” tutela, notazioni di vario segno possono ora vedersi in AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Napoli 2010.

Costituzione di portare all'esito di rinvenire alle volte proprio nella prima la fonte della più "intensa" tutela<sup>17</sup>. Insomma, la Corte chiama gli operatori a far luogo a "bilanciamenti" anche sul fronte delle relazioni interordinamentali, non solo nel chiuso delle mura domestiche, dando quindi la precedenza a questa o quella norma, *indipendentemente dalla natura e dalla forza astrattamente posseduta dalla fonte che la produce*, unicamente in ragione dell'attitudine dimostrata dalla norma stessa di offrire la più adeguata, "intensa" tutela. La qual cosa può dunque, come si è venuti dicendo, sancire talora la *primauté* della norma di origine esterna rispetto alla stessa norma costituzionale; solo che – è qui il punto – ciò può aversi in quanto l'una norma è pur sempre... *costituzionalmente* "coperta": come dire, insomma, che la Costituzione recede, sì, ma allo scopo di valere... *al meglio di sé*, di vedere cioè realizzato in ancora maggiore misura il principio di cui all'art. 2, nel suo fare "sistema" con l'art. 3, e, in ultima istanza, a me pare, il valore della dignità della persona umana<sup>18</sup>.

Come mi è venuto di dire in altri luoghi, il *bilanciamento interordinamentale* pianamente si traduce in uno *endocostituzionale*<sup>19</sup>; se poi si considera che ad uno stesso valore (e, specificamente, a quello di cui all'art. 2) possono fare appello tanto la norma interna (persino, come si è veduto, costituzionale) evocata in campo dal caso quanto la norma convenzionale, entrambe reclamando a buon diritto "copertura", se ne ha che l'antinomia si risolve, a conti fatti, in un conflitto di un valore con... *se stesso*, conflitto che non si vede in quale altro modo possa essere ripianato se non secondo il caso ed alla luce del valore "supercostituzionale" della dignità della persona umana<sup>20</sup>: di un valore che è esso stesso *dentro* l'art. 2 ma che pure sta *fuori e prima* di esso, ove si ammetta – come a me pare si debba – che la dignità è il primo dei diritti fondamentali e il fondamento degli stessi diritti, la ragione d'essere di libertà ed eguaglianza, così come di ogni altro valore positivizzato.

Si fermi, solo per un momento, l'attenzione sul punto.

Nel momento in cui, in caso di scontro CEDU-legge, la Corte acconsente alla messa da canto del parametro di cui al l. c. dell'art. 117 in nome di un altro parametro costituzionale è come se stabilisse una sorta di *ordine gerarchico* tra la qualità della CEDU di "legge" e la sua qualità di fonte interposta (come tale, fattore di possibile invalidazione di norme legislative interne); è come se anteponesse la tecnica di ripianamento delle

---

<sup>17</sup> L'esempio dianzi fatto in merito al divieto di discriminazioni secondo l'orientamento sessuale può pari pari qui riprodursi per altre fattispecie. E qui come lì va, nondimeno, avvertito che è verosimile attendersi, piuttosto che il riconoscimento della "inferiorità" della Costituzione rispetto alla Convenzione nell'attitudine ad appagare i diritti, un riallineamento per via d'interpretazione dell'una all'altra Carta, una sorta di interpretazione "adeguatrice" al diritto convenzionale degli stessi principi fondamentali di diritto interno ovvero un largo, seppure alle volte forzato, uso della tecnica del *distinguishing*. Si tornerebbe così, nell'esito, ad un'ipotesi dietro già ragionata.

<sup>18</sup> Non sembra tener conto di questo rilievo quella dottrina (L. ANDRETTO, *Principio costituzionale di apertura internazionale e giudizio di bilanciamento fra principi fondamentali*, in AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee*, cit., 173 ss.) che si è, ancora da ultimo, dichiarata avversa ad eventuali bilanciamenti tra norme convenzionali e norme costituzionali (o, se si preferisce, tra gli interessi o i beni della vita dalle stesse riguardati), in ragione dell'assunto della ordinazione gerarchica tra le norme in parola esistente. Un assunto che, poi, a sua volta non regge alla constatazione che le Carte dei diritti (e, tra di esse, appunto la CEDU) possono risultare "coperte" da principi fondamentali (a partire, come si è detto, da quello di cui all'art. 2): né più né meno, dunque, di come lo sono gli stessi enunciati costituzionali relativi ai diritti; e, in quanto dotate di siffatta "copertura", partecipare ad armi pari con tali enunciati ad operazioni di bilanciamento (ma v., su ciò, gli ulteriori svolgimenti che subito seguono nel testo).

<sup>19</sup> Maggiori ragguagli sul punto, oltre che negli scritti sopra citt., nel mio *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee*, cit., 25 ss.

<sup>20</sup> Tale è qualificato da A. RUGGERI e A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.

antinomie che si affida al canone della *lex posterior*<sup>21</sup> alla tecnica di superamento delle stesse per il tramite dell'annullamento. Di contro, nel caso che l'esito del bilanciamento interno al rapporto legge-CEDU dovesse essere favorevole alla norma convenzionale, l'ordine gerarchico in parola si rovescerebbe su se stesso, il parametro di cui all'art. 117 affermandosi in tutto il proprio vigore. Una conclusione questa che – come si è qui pure tentato di argomentare – vale altresì al piano più alto di positività giuridica, al quale si dispongono – a mia opinione, senza distinzione alcuna – le Carte dei diritti e la stessa Costituzione, le une e l'altra rinvenendo pari giustificazione della loro esistenza nella missione cui tutte sono chiamate di dare riconoscimento ai diritti fondamentali (e ai doveri inderogabili, essi pure dunque fondamentali)<sup>22</sup>, apprestando quindi le conseguenti garanzie, sostantive e processuali, adeguate ad assicurare l'effettività dei diritti (e dei doveri) medesimi<sup>23</sup>.

Ora, la prospettiva che porta all'uno ovvero all'altro sbocco delle operazioni di bilanciamento è sostanziale pura, o meglio *assiologico-sostanziale*; e il punto fermo da cui le operazioni di bilanciamento si tengono e verso cui costantemente si volgono, la bilancia su cui insomma si fanno i bilanciamenti<sup>24</sup>, non può che essere – come si è venuti dicendo – un "supervalore", che dà pratico senso all'inveramento della Costituzione, quale sistema di valori positivizzati, nell'esperienza; un valore, dunque, che ci riporta a ciò che di più intimo e vero v'è dell'uomo e in ogni uomo, dandone la essenza: la dignità.

## 2.5. Il conflitto tra legge e CEDU, l'una conforme e l'altra invece contraria a Costituzione

Un'ipotesi in parte analoga e in parte diversa rispetto a quella appena presa in esame si ha con riguardo al caso di norma convenzionale ancora una volta giudicata incompatibile rispetto alla Costituzione ma – qui è la differenza – relativa ad un ambito materiale in seno al quale si dà una disciplina legislativa, essa pure contraria a Convenzione ma non contraria a Costituzione.

Una sensibile dottrina ha qui pure ragionato della possibile disapplicazione diretta della norma di origine esterna<sup>25</sup>. Un esito, questo, che si fa discendere dal (supposto) carattere "subcostituzionale" della norma stessa ma che, *proprio per ciò*, a stare cioè

---

<sup>21</sup> ... per il caso appunto di norma legislativa sopravveniente, incompatibile rispetto a norma convenzionale e rispetto a questa ancora più idonea a dare appagamento ai diritti.

<sup>22</sup> Non si dimentichino le ragioni storico-politiche che hanno portato all'avvento del modello liberale di Costituzione ed alla sua diffusione, mirabilmente sintetizzate nella formula dell'art. 16 della Dichiarazione dell'89.

<sup>23</sup> Che poi, accanto al riconoscimento dei diritti fondamentali, possa aversi quello di diritti che fondamentali non sono è una eventualità da mettere in conto, per scivoloso che obiettivamente ne sia l'accertamento (e, prima ancora, il definire ciò che dà o che è la "fondamentalità" di un diritto). Solo che se questo vale per le Carte di origine esterna, non può ancora una volta non valere per la *stessa* Costituzione: con la conseguenza che i diritti costituzionali possono distinguersi in fondamentali o – per dirla con l'art. 2 – "inviolabili" e non fondamentali, questi ultimi dunque privi della "copertura" nel disposto ora richiamato. Quali siano i modi giusti per far luogo a siffatta verifica è questione teorica estremamente complessa, che rimanda a studi adeguati a farvi fronte e, soprattutto, a verifiche da parte di un'esperienza peraltro non sempre lineare nel suo andamento e dalle molte e varie espressioni.

<sup>24</sup> Così descrive, in termini suggestivi, la dignità G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). Considera invece la dignità soggetta essa pure, al pari di ogni altro diritto, a bilanciamento M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Napoli 2009, 1060 ss.

<sup>25</sup> I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale (Parte I)*, in *Pol. dir.*, 1/2010, 41 ss., spec. 66.

all'ordine di idee patrocinato dalla giurisprudenza costituzionale e fatto proprio da questa dottrina, parrebbe problematicamente raggiungibile senza passare appunto attraverso il previo giudizio di costituzionalità<sup>26</sup>. Se infatti, in tesi, l'operatore ammette la sussistenza del contrasto tra legge e CEDU, dubitando quindi della conformità di quest'ultima a Costituzione, come può mai – è da chiedersi – sgravarsi dell'onere di sottoporre il suo duplice dubbio (di conformità della legge a CEDU e di conformità di quest'ultima a Costituzione) al giudice delle leggi?

Due sole, ulteriori osservazioni sul punto.

La prima è che qui pure il giudice in prima battuta e, in seconda, se adita, la Corte potrebbero liberarsi della questione a mezzo della tecnica del *distinguishing*.

La seconda è che, anche a considerare irriducibile il contrasto tra CEDU e Costituzione, non risolvibile (o, meglio, prevenibile) grazie ad un uso accorto e incisivo allo stesso tempo della tecnica dell'interpretazione conforme (della quale, peraltro, si dirà a momenti), ugualmente potrebbe assistersi, per le ragioni sopra rappresentate, all'applicazione della CEDU, se così richiesto a seguito di un bilanciamento assiologicamente ispirato. In partenza o, meglio, in astratto, nulla infatti può dirsi in merito alla norma che troverà infine applicazione, *sia o no in tutto conforme a Costituzione*.

### 3. Applicazioni dirette e applicazioni indirette di norme convenzionali sostanzialmente riproduttive di norme internazionali generalmente riconosciute

Dopo le cose dette, i casi restanti di applicazione di norma convenzionale non richiedono un lungo discorso.

Vengono qui in rilievo le ipotesi che ho all'inizio consigliato di chiamare di applicazione *impropria* o *mascherata*. Per la verità, l'etichetta non è in tutto adeguata, diciamo pure... *appropriata*, dal momento che l'operatore potrebbe dichiarare di non fare espressa e immediata applicazione della norma convenzionale o, addirittura, non essere... consapevole di farlo. Si suppone infatti che la norma stessa coincida nella sostanza con altra norma, della quale appunto si riconosca l'attitudine all'immediata applicazione e se ne faccia pertanto subito utilizzo. In qualche modo, può dirsi che la norma convenzionale viene "veicolata" e fatta valere nella pratica giuridica per effetto di siffatta coincidenza. Quel che solo conta, nondimeno, è il risultato; e va a tale riguardo nuovamente rilevato che, in congiunture siffatte, può una volta di più venire a determinarsi un diverso regime valevole per le singole norme di cui si compone una stessa fonte: ad ulteriore testimonianza, insomma, di quello scadimento delle forme a finalità sistematica, di cui vado discorrendo da tempo, il regime (specie nelle sue proiezioni processuali, le più espressive e significative per la pratica giuridica) stabilendosi in ragione di certe "qualità" intrinseche possedute dalle norme stesse, più (o piuttosto) che in virtù dei loro connotati formali.

Il primo caso è talmente banale da non richiedere che su di esso si spenda una sola parola di più, avendo riguardo alla sostanziale coincidenza di norma CEDU e norma... *legislativa*. La soggezione dei giudici alla legge ha qui una delle sue più emblematiche, evidenti rappresentazioni.

Il secondo caso è invece particolarmente complesso e – convengo – discutibile negli esiti ricostruttivi cui in questa sede si ritiene di dover pervenire.

---

<sup>26</sup> Rilievi sul punto nel mio *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, Relazione all'incontro di studio su *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele*, Agrigento 17-18 settembre 2010, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

Mi riferisco alla sostanziale coincidenza di norma CEDU e norma internazionale generalmente riconosciuta<sup>27</sup>.

Una cosa è certa: che viene allora meno il (supposto) carattere “subcostituzionale” della norma convenzionale. Di qui in avanti, però, tutto diventa confuso, opinabile.

Si consideri, innanzi tutto, il caso che la norma in parola sopravvenga a norma legislativa e anche a norma costituzionale. Secondo una tesi autorevolmente patrocinata in dottrina, sarebbe allora fatto obbligo al legislatore di revisione costituzionale di procedere al necessario aggiornamento della Carta<sup>28</sup>, obbligo nondimeno di tutta evidenza giuridicamente non sanzionabile e che, a tacer d'altro, farebbe venire meno l'“automatismo” dell'adattamento prescritto dal I c. dell'art. 10 cost., lasciando in uno stato di indebita, intollerabile sospensione, in ordine alla sua efficacia e applicazione, la norma internazionale.

Se poi il contrasto dovesse essere unicamente nei riguardi di norme legislative preesistenti, secondo la comune opinione occorrerebbe distinguere a seconda che le norme stesse siano dotate di “copertura” in principi fondamentali dell'ordinamento ovvero ne siano prive: nell'un caso, la resistenza all'innovazione di cui sono provvisti i principi<sup>29</sup> si trasmetterebbe a cascata alle norme sottostanti, sempre che queste ultime appaiano appunto *direttamente, immediatamente e necessariamente* serventi i principi stessi, al punto da ridondare la loro rimozione o, come che sia, privazione di effetti in una (impossibile) incisione a carico dei principi.

Dalle cose sopra dette, sappiamo però che quest'esito non è da considerare affatto scontato, diciamo pure: a scatto automatico. Giusta infatti la copertura di cui le stesse norme internazionali godono, copertura – si rammenti – discendente essa pure da principi fondamentali dell'ordinamento (e, segnatamente, dagli artt. 10 e 11, nel loro fare “sistema” con gli artt. 2 e 3 della Carta<sup>30</sup>), se ne ha che il conflitto, venendosi a determinare tra principi *tutti parimenti fondamentali* ovvero tra norme specificativo-attuative degli stessi e, perciò, riportabili sotto la loro “copertura”, non può che essere risolto mediante la tecnica del bilanciamento secondo i casi ed alla luce del valore dei valori, la dignità della persona umana.

Il punto cruciale da chiarire è se la scelta debba considerarsi riservata alla Corte costituzionale o se possa riconoscersi *anche* ovvero *solo* al giudice comune. Rinnovo qui la mia preferenza per il secondo corno dell'alternativa, in nome appunto del carattere “automatico” dell'adattamento, con le precisazioni che seguono.

Se infatti si conviene che la norma internazionale posseda, *almeno in taluni casi*, l'attitudine ad essere portata subito ad applicazione, tanto laddove preesistano norme di legge o costituzionali con essa incompatibili quanto laddove esse non si abbiano (e la norma stessa dunque si presenti idonea a colmare un vuoto di disciplina di diritto interno),

---

<sup>27</sup> L'ipotesi è – come si sa – espressamente ammessa dalla stessa giurisprudenza (ad es., da Corte cost. n. 93 del 2010), ma nel quadro di una ricostruzione complessiva delle dinamiche della normazione assai distante, per impostazione metodica e svolgimenti, da quella di qui.

<sup>28</sup> La tesi trovasi, ancora da ultimo, riproposta da T. MARTINES, *Diritto costituzionale*<sup>12</sup>, agg. da G. Silvestri, Milano 2010, 81.

<sup>29</sup> Assumo qui per buona la tesi corrente che vede nei principi di base dell'ordinamento un limite invalicabile dalle leggi di revisione e da ogni atto in genere espressivo di potere costituito (dunque, anche dalle fonti “paracostituzionali”, quali sono appunto le norme internazionali cui fa richiamo il I c. dell'art. 10). Ho nondimeno ritenuto in altri luoghi di dover fare oggetto la tesi stessa di alcune precisazioni critiche, gli stessi principi soggiacendo, a mio modo di vedere (e sia pure a certe condizioni), a mutamento normativo (v., dunque, volendo, i miei *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, 451 ss. e *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, in *Teoria dir. e St.*, 2-3/2009, 292 ss.).

<sup>30</sup> Non si trascuri la circostanza per cui le norme internazionali di cui ora si discorre, riguardando diritti fondamentali, in aggiunta alla “copertura” degli artt. 10 e 11 possono vantare altresì quella degli artt. 2 e 3.

ebbene in virtù del carattere suddetto essa non solo *può* ma *deve* ricevere immediata applicazione. Piuttosto, è da chiedersi se questa soluzione resista anche per il caso inverso, della precedenza della norma internazionale rispetto a quella nazionale.

Qui, la comune dottrina nuovamente distingue. Ove vi sia contrasto con la norma costituzionale, quest'ultima prevarrebbe – si dice – per la ragione che il Costituente era a conoscenza della sua esistenza e che, perciò, ha scientemente deliberato di discostarsene<sup>31</sup>; con l'ulteriore conseguenza che norme legislative “coperte” dalla norma costituzionale in parola e di riflesso incompatibili rispetto alla norma internazionale dovrebbero ugualmente avere la precedenza su quest'ultima<sup>32</sup>. Ancora una volta, poi, ci si deve chiedere se tutti siffatti accertamenti possa farli da solo il giudice comune ovvero se debba esserne investita la Corte; e, poiché in tesi il contrasto è con norma di rango costituzionale, il passaggio dalla Consulta parrebbe essere invero ineludibile. Solo che, non potendosi avere un sindacato diretto della Consulta stessa su norma consuetudinaria, la questione di costituzionalità non potrebbe che appuntarsi sulla norma convenzionale sostanzialmente riprodotiva della norma internazionale (*rectius*, sulla relativa legge di esecuzione) o, all'opposto, sulla legge costituzionale sospetta di aver indirettamente violato l'art. 10 (per il caso che l'antinomia investa appunto quest'ultima).

Se ci si pensa, tuttavia, quest'esito ricostruttivo non persuade del tutto.

E infatti. Se – come si è sopra veduto – la norma internazionale si riconosce esser idonea a prevalere immediatamente nei riguardi di anteriori e con essa incompatibili norme di legge, prendendone subito il posto in modo “automatico”, perché mai la medesima conclusione non potrebbe (*rectius*, dovrebbe) valere in caso di successione cronologica inversa? L'adattamento non può – a me pare – aversi una volta *automaticamente* ed un'altra *non automaticamente*, per effetto della mediazione necessaria di una pronuncia della Corte che potrebbe anche tardare o, addirittura, non venire mai alla luce.

Se, di contro, la norma internazionale è di suo inidonea a prendere subito il posto di contrarie ed avverse norme interne, allora anche in caso di previgenza di queste ultime sarà obbligato battere la via che porta alla loro caducazione da parte del giudice delle leggi<sup>33</sup>. Non ha infatti – a me pare – pregio ragionare, in un caso, della possibile abrogazione della norma interna da parte di quella internazionale e, nell'altro, della invalidità della prima (per violazione riflessa dell'art. 10). Presentando in tesi, in entrambi i casi, le norme la medesima struttura nomologica, la soluzione del conflitto non può aversi

---

<sup>31</sup> Diverso invece, a quanto pare, il quadro risultante dalla sopravvenienza non già di norma della Costituzione bensì di norma di legge costituzionale, dal momento che quest'ultima, ponendosi in opposizione rispetto alla norma internazionale, per ciò stesso verrebbe ad urtare senza riparo col principio fondamentale, di cui all'art. 10, che vi dà “copertura”. Ciò che, per la comune opinione (favorevole – come si sa – all'esistenza di limiti alle innovazioni costituzionali), non dovrebbe considerarsi ammissibile. Si noti, dunque, come, per l'aspetto ora considerato, si terrebbe fermo lo stacco ad ogni modo esistente tra la Costituzione, quale espressione genuina del potere costituente, e le leggi costituzionali, quali atti invece espressivi di potere costituito.

Non sempre però le cose vanno a questo modo. Dal mio punto di vista, infatti, la stessa legge costituzionale in discorso potrebbe, a sua volta, vantare protezione in principi di base dell'ordinamento (magari – e perché no? – nello stesso principio della pace e della giustizia tra le Nazioni in generale servito dalle norme della Comunità internazionale); nel qual caso, solo in concreto sarà possibile stabilire a quale delle norme in campo dar la precedenza, siccome maggiormente adeguata ai bisogni manifestati dal caso stesso e idonea a fissare più in alto il punto di sintesi assiologica da quest'ultimo richiesto.

<sup>32</sup> V., nuovamente, T. MARTINES, *op. et loc. cit.*

<sup>33</sup> Ovviamente, questa soluzione non può valere con riguardo alle *norme della Costituzione*, mentre può valere per *norme di legge costituzionale* (torna, come si vede, la differenza tra le due specie di norme), per la elementare ragione che di quelle che portano l'immagine del potere costituente non può predicarsi l'invalidità né, dunque, aversi il loro annullamento da parte della Corte. Qui (ma solo qui) ha invero ragione la dottrina sopra richiamata nel testo, nella parte in cui sollecita il legislatore di revisione ad “adattare” la Carta costituzionale a sopravvenienti e con essa incompatibili norme internazionali generalmente riconosciute. Ed è chiaro che il ripristino dell'armonia del sistema a conti fatti dipende dalla buona volontà del legislatore.

a mezzo di tecniche diverse (rispettivamente, l'abrogazione e l'annullamento), dal momento che la Carta prescrive di far luogo *sempre* all'adattamento automatico dell'ordinamento interno alle norme della Comunità internazionale generalmente riconosciute.

Insomma, ancora una volta, abrogazione ed annullamento vengono a dipendere da caratteri intrinseci delle norme, dalla loro conformazione strutturale, in breve: dalla loro materiale attitudine ad essere portate subito ad applicazione. La scelta, poi, come un momento fa si diceva, dipende da "qualità" apprezzabili unicamente in prospettiva assiologicamente orientata, per il modo con cui ciascuna delle norme in campo si volge, a un tempo, verso i beni della vita evocati dal caso e verso il valore "supercostituzionale" della dignità.

Ora, la norma convenzionale, in una congiuntura siffatta, vive di luce riflessa, si alimenta cioè dalla norma consuetudinaria che essa, in tesi, fedelmente trascrive, seguendone dunque in tutto e per tutto le sorti e perciò affermandosi nella pratica giuridica "a rimorchio" di essa. Resta indifferente, al riguardo, la circostanza per cui l'ordine temporale sopra descritto può essere alterato in conseguenza del diverso momento in cui è stata recepita in ambito interno la Convenzione rispetto a quelli in cui hanno acquistato vigore, rispettivamente, la norma internazionale consuetudinaria e la norma costituzionale e/o quella legislativa. Parimenti indifferente resta la circostanza che, nel corso di una data vicenda processuale, sia stata lamentata in modo espresso ed esclusivo la violazione della norma convenzionale. Ciò che solo importa, infatti, è accertare il presupposto su cui l'ipotesi ora discussa si fonda, vale a dire la sostanziale coincidenza della norma convenzionale e di quella internazionale consuetudinaria. Dopo di che il principio *iura novit curia* fa il resto; e, quand'anche dovesse dunque essere denunciata la violazione della sola norma convenzionale, non potrebbe l'operatore ignorare che essa costituisce la riproduzione per filo e per segno di una norma per sua natura generalmente riconosciuta: natura dalla quale quindi discendono gli effetti e il regime complessivo.

#### *4. Norme convenzionali coincidenti con norme dell'Unione autoapplicative e norme dell'Unione specificativo-attuative di norme convenzionali*

L'ultimo caso riguarda la coincidenza di norma CEDU con norma dell'Unione (e, in particolare, della Carta di Nizza-Strasburgo) *self-executing*.

Qui, nuovamente parrebbe che l'una norma si alimenti dall'altra e viva – come si diceva – di luce riflessa da questa, ancora una volta partecipando del regime di applicazione diretta ad essa riservato (sempre che, ovviamente, siffatta attitudine risulti provata). V'è però una sostanziale differenza rispetto al caso da ultimo descritto, che è data dal fatto che la stessa Carta dell'Unione dichiara – come si sa – di voler essere intesa e messa in atto in linea con le indicazioni date dalla CEDU (e, per essa, in buona sostanza, dalla Corte di Strasburgo). Dunque, il *primato culturale* – per dir così – parrebbe appuntarsi in capo alla Convenzione, che è poi, a sua volta, "veicolata" e portata subito ad applicazione grazie alla Carta dell'Unione.

In realtà, la rappresentazione ora data è, di tutta evidenza, troppo schematica e parziale; e il vero è che nessuna Carta si alimenta mai parassitariamente dalle altre (e qui il riferimento va, ovviamente, alla stessa Costituzione e, anzi, a quelle "tradizioni costituzionali comuni" cui fanno richiamo sia la Convenzione che la Carta dell'Unione). Piuttosto, tutte le Carte si immettono in un unico percorso circolare, offrendosi l'una alle altre e tutte assieme mirando all'obiettivo di affermarsi al meglio di sé, anche per effetto appunto del soccorso che vicendevolmente si danno.

Altro poi sono i limiti segnati dai testi e dai contesti a siffatta, incessante opera di mutua rigenerazione semantica; limiti che, nondimeno, proprio con riguardo alla Carta dell'Unione vanno intesi con molta libertà, sol che si consideri che è la Carta stessa, in un suo enunciato, a richiedere, come si diceva, di essere intesa in senso orientato verso la CEDU, oltre che verso le tradizioni costituzionali.

Con specifico riguardo ai profili processuali, ai quali qui si vuol prestare una particolare attenzione, può farsi questione se, rilevata davanti a un giudice comune la violazione da parte di norma legislativa nazionale nei riguardi della sola norma convenzionale, senza dunque alcun riferimento ad eventuali corrispondenze con norme dell'Unione, il giudice stesso debba fermare il proprio esame al solo dato formale, della veste posseduta dalla norma evocata come parametro, ovvero se possa ovvero debba estenderlo al dato sostanziale, l'essere cioè la norma stessa corrispondente a norma dell'Unione *self-executing*. Nell'un caso, a stare all'indirizzo ad oggi affermatosi presso la Consulta, l'operatore dovrebbe rimandare le carte alla Consulta stessa; nell'altro, invece, trattenerle presso di sé, facendo subito applicazione della norma convenzionale ed eurounitaria allo stesso tempo, salvo il sospetto della sua incompatibilità con principi fondamentali dell'ordinamento.

Dal mio punto di vista, di contro, per un verso, non possono aversi dubbi a riguardo del fatto che, nuovamente, il principio *iura novit curia* non ammetta eccezioni e che il giudice pertanto non sia scusato ove ignori la sussistenza della violazione operata dal diritto interno nei riguardi del diritto dell'Unione; per un altro verso, poi, come di consueto, nulla può dirsi circa la norma che alla fine troverà applicazione, l'applicazione stessa conseguendo allo svolgimento di operazioni di bilanciamento aperte a qualunque esito sollecitato dal caso, per come illuminato dal valore della dignità.

Una variante della ipotesi ora ragionata si ha poi nel caso in cui si abbia una norma eurounitaria *self-executing* non già meramente riproduttiva bensì specificativo-attuativa di norma CEDU, che dunque risulti dalla prima *quodammodo* "veicolata" in ambito interno, nei limiti in cui la norma suddetta si faccia portatrice di istanze di tutela ascrivibili alla Convenzione.

Qui, il trattamento riservato alla norma convenzionale non segue necessariamente quello fatto alla norma eurounitaria, dal momento che il carattere dell'applicabilità diretta potrebbe esser proprio solo della seconda e non pure della prima norma. Resta nondimeno ferma l'influenza che la norma convenzionale è in grado di esercitare in sede interpretativa tanto nei riguardi della norma dell'Unione quanto verso norme nazionali che all'una ed all'altra variamente si colleghino, ponendosi rispetto ad esse in funzione servente. Nulla nondimeno, come sempre, può dirsi circa il "marchio" lasciato nel circolo ermeneutico dall'una nei riguardi delle altre norme.

*5. Esperienze d'interpretazione conforme: esclusione di un ordine gerarchico che non sia meramente culturale tra le interpretazioni in parola e carattere non autenticamente "interpretativo" (ma sostanzialmente "normativo") di talune di esse, per effetto del quale si assiste non di rado all'applicazione diretta della CEDU*

E vengo a dire, con la massima rapidità, proprio dei tratti maggiormente salienti delle esperienze interpretative, restringendo l'esame ai soli casi d'interpretazione conforme.

Due punti in special modo mi preme qui toccare, rimandando ad altre sedi per ulteriori svolgimenti<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Molto e variamente trattate le questioni relative all'interpretazione conforme: indicazioni, di recente, in AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo,

Il primo è dato dal fatto che, dalla prospettiva dalla quale io mi pongo, nessun ordine di priorità (diciamo pure, di gerarchia) può farsi tra le interpretazioni conformi, rispettivamente: a Costituzione, a diritto internazionale in genere (e, segnatamente, a CEDU), a diritto eurounitario.

La dottrina e la giurisprudenza corrente invece non la pensano, come si sa, affatto così; e, rinvenendo il fondamento dell'interpretazione conforme nel carattere sovraordinato della fonte-parametro rispetto alla fonte-oggetto dell'interpretazione stessa, sono da questa premessa obbligate a disporre a scala i "tipi" d'interpretazione, in particolare dando la precedenza a quella conforme a Costituzione sopra ogni altra. Allo stesso tempo, tuttavia, si nega che le interpretazioni conformi al diritto di origine esterna possano essere piegate ed adattate all'interpretazione conforme a Costituzione, malgrado appunto – come si diceva – si rinvenga in quest'ultima il fondamento, *dal punto di vista del diritto interno*, della efficacia nello stesso ambito interno delle norme di origine esterna.

Tutto questo argomentare a me pare afflitto da un vizio di partenza insanabile, trascurando la "copertura" di cui le Carte dei diritti in genere (e, tra esse, tanto la CEDU quanto la Carta dell'Unione) possono vantare in principi fondamentali dell'ordinamento (e, in ultima istanza, nel principio della dignità). Ovviamente, come si è ripetutamente fatto notare, ne va data, come sempre la prova in concreto, non potendosi neppure escludere in partenza che una stessa Carta, accanto a diritti inviolabili (ai sensi dell'art. 2), contempli diritti che inviolabili non sono. Una volta poi che siffatto accertamento si sia avuto con esito favorevole al carattere della inviolabilità, la partita – come pure si faceva osservare – si gioca sempre alla pari, aprendosi ad esiti astrattamente imprevedibili.

Così stando le cose, è giocoforza ammettere che le stesse operazioni d'interpretazione conforme si trovino naturalmente portate a reciprocamente convergere, nessuna in partenza prevalendo e neppure recedendo davanti alle altre, piuttosto ciascuna puntando alla propria affermazione *culturale*, un'affermazione che tanto più si apprezza e rende visibile quanto più la singola Carta si dispone a farsi senza sosta rigenerare dalle restanti, arricchendosi col fatto stesso di attingere alle altre.

Il secondo punto attiene ad esperienze che si presentano oggi di sempre più frequente riscontro e che devono fare riflettere a lungo, anche per i riflessi di sistema che possono aversene.

Mi riferisco a talune specie d'interpretazione conforme alle quali stranamente si è dedicata una insufficiente attenzione e che restano in attesa di una loro adeguata chiarificazione interna. Non è raro infatti rinvenire in letteratura esiti ricostruttivi non differenziati con riguardo ad uno stesso tipo di interpretazione, laddove quest'ultima molte volte si distende fino a coprire esperienze che, in realtà, con l'interpretazione stessa nulla hanno (o *dovrebbero* avere...) a che fare.

Si pensi appunto ai casi in cui lo strumento è innaturalmente piegato allo scopo di far luogo ad una sostanziale manipolazione della sostanza normativa racchiusa nell'atto interpretato, alle volte poi preceduta ed agevolata da una non minore, ancorché sapientemente mimetizzata, manipolazione dello stesso parametro. E poiché i giudici comuni sono – come si sa – in modo martellante sollecitati dalla Consulta a dare ampio spazio all'interpretazione in parola, se ne ha che l'attività da essi posta in essere risulta in non pochi casi ancora più "normativa" – se così vogliamo dire – di quella della stessa Corte, specificamente laddove si dedica ad aggiustamenti testuali. Certo, rimane la differenza di fondo costituita dal carattere comunque circoscritto *quoad effectum* delle operazioni che prendono corpo nelle aule in cui si somministra la giustizia comune; la qual

---

Torino 2009; AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano 2010; M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it) e in corso di stampa negli *Studi in onore di A. Pace*. Infine, con specifica attenzione alle vicende dell'interpretazione che si svolgono al piano delle relazioni interordinamentali, il mio *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali*, cit.

cosa, peraltro, non appare diversa da quella che si ha in caso di interpretazioni conformi “consigliate” dalla stessa Corte, ove quest’ultima si determini ad indicare ai giudici un indirizzo interpretativo giudicato il più “fedele” al dato testuale. Se però si conviene – come a me pare si debba – a riguardo del fatto che la “normatività” non si misura ed apprezza tanto al piano della *estensione* degli effetti prodotti dagli atti che ne sono portatori quanto a quello della *intensità* delle innovazioni apportate agli atti stessi da chi sarebbe chiamato ad applicarli o, nel caso della Corte, a giudicarli, ebbene obbligata è la conclusione secondo cui alle volte la “normatività” stessa, quale viene a determinarsi per via d’interpretazione, è ancora maggiore di quella che si ha a seguito dei rifacimenti o degli aggiustamenti testuali.

La cosa acquista uno speciale rilievo nel quadro della ricostruzione che si va ora facendo; e dimostra che sempre più di frequente i giudici sono portati a sofferte, complesse operazioni di ricucitura degli “strappi” provocati da disposti legislativi che, in modo più o meno vistoso, si discostano dai disposti della CEDU (o di altri parametri ancora). In tutti questi casi – se ci si pensa – si assiste all’applicazione diretta della legge contro... *la legge stessa*: in realtà, viene puramente e semplicemente applicata la CEDU; alle volte, poi, si ha l’applicazione di un un *mix* di CEDU e legge, in seno al quale è non poco disagevole separare ciò che appartiene all’una e ciò che invece è dell’altra fonte.

Il rifacimento, come si diceva, si può avere anche sul versante del parametro: basti pensare solo ai casi in cui lo stesso dettato costituzionale è per via d’interpretazione “aggiornato” alla luce della CEDU – e, perciò, in buona sostanza, della giurisprudenza di Strasburgo – andando ben oltre i limiti segnati dal testo.

Nessuno è in grado di cogliere fino in fondo la portata di un “sommerso” che si disperde nei mille rivoli di una giurisprudenza comune estremamente articolata e composita; solo i casi maggiormente appariscenti, al pari della punta dell’*iceberg*, vengono alla luce, offrendosi all’osservazione dei più sensibili commentatori.

Il punto è di estremo rilievo e si presta a riflessioni a più piani e verso direzioni parimenti plurime.

In disparte taluni profili, pure meritevoli di specifica attenzione (ma in altre sedi), quale quello relativo allo squilibrio che viene, nel corso e per effetto di siffatte esperienze, a determinarsi tra giudici e legislatore, uno squilibrio al quale non si sa come far fronte in modo adeguato, resta il fatto – a mio modo di vedere, incontestabile – dell’*applicazione diretta, ancorché camuffata*, che in tali casi si ha delle norme convenzionali dall’operatore giudicate idonee a valere per i casi stessi.

Se poi si considera che le interpretazioni conformi – come si è veduto – non possono essere tenute artificialmente separate tra di loro e che, anzi, richiedono, di essere fatte convergere, al punto di integrarsi e reciprocamente sostenersi, nella ricerca – per disagevole e sofferta che non di rado sia – di quella tutela più “intensa” alla quale la stessa più avvertita giurisprudenza si è opportunamente richiamata, non è difficile avvedersi che l’applicazione diretta, in vece della legge, è nei fatti, congiuntamente ed indistintamente, della CEDU, della Carta di Nizza-Strasburgo, delle “tradizioni costituzionali comuni” e, non ultima, della stessa Costituzione (o, se si preferisce dire, delle “tradizioni costituzioni nazionali”: espressione che, peraltro, a me pare rendere in modo ancora più efficace l’apporto dato dalla giurisprudenza, in ogni sua manifestazione, alla formazione ed all’incessante rinnovo del *diritto costituzionale vivente*). Tutti i materiali normativi fanno, insomma, corpo unico, con esiti tanto più apprezzabili quanto più abili siano le mani di coloro che forgiavano i materiali stessi ricavandone le forme di volta in volta più adeguate al caso, alle più pressanti e convincenti domande di giustizia in esso emergenti.

## 6. Tirando le somme

Tento di tirare le somme dell'indagine svolta, fermando l'attenzione unicamente sui dati che mi sembrano maggiormente salienti, che passo dunque ad elencare senza ulteriore commento.

Il primo è dato dallo spazio non poco esteso che si apre per le applicazioni (e, però anche, talvolta le disapplicazioni) dirette: della CEDU così come di altre Carte dei diritti. Le "non applicazioni", pur se in forma mascherata, ho motivo di pensare che, nel "modello" i cui lineamenti mi sono sforzato qui sia pure in modo largamente approssimativo di rappresentare, finiscano col porsi ai margini dell'esperienza giuridica, nelle sue più diffuse e rimarchevoli, ancorché non sempre emergenti alla luce del sole, espressioni.

Il secondo è dato dai ripetuti casi in cui, come s'è veduto, si assiste ad una sensibile, essa pure ora più ed ora meno evidente, dissociazione tra la *fonte* e le sue *norme*, la forza (forza materialmente intesa, come tale in grado di farsi valere nelle pratiche giuridiche in genere) e il regime complessivo appuntandosi sulle seconde e restando invece indifferenti alla natura ed ai caratteri della prima. Ciò che è poi gravido di ulteriori implicazioni al piano delle dinamiche sia della normazione che dell'applicazione e, al fondo, della composizione e del rinnovo interno del sistema, anche (e soprattutto) nelle sue proiezioni interordinamentali.

Il terzo attiene infine ai riflessi istituzionali di questo stato di cose, ai molteplici piani o livelli ai quali si manifestano: a quello dei rapporti tra norme di diritto interno e norme di origine esterna (internazionali ed eurounitarie), all'altro dei rapporti tra giudici e legislatore, all'altro ancora dei rapporti tra giudici e giudici, costituzionali e non. Tutti piani o livelli ai quali oggi si assiste alla travagliata ricerca da parte di tutti gli operatori dei modi giusti coi quali fissare punti stabili di equilibrio in seno alle loro relazioni, dai quali le relazioni stesse possano quindi saldamente tenersi nel loro quotidiano e vario svolgimento.

Man mano che procedo alla osservazione di queste relazioni, alla quale nel corso degli ultimi anni mi sono con una certa costanza dedicato, vado sempre più radicandomi nel convincimento che solo con l'abbandono da parte di ciascuna Corte e di tutte assieme dell'insana pretesa ad una impossibile, esclusiva *primauté*, accompagnata dalla rinnovata conferma della disponibilità al reciproco ascolto, al "dialogo" – come suole essere chiamato – può farsi luogo alla tessitura di una rete larga, in grado di distendersi a tutti i piani o livelli di esperienza, entro cui possono trovare alloggio e adeguata protezione i diritti. Le pretese da questi ultimi vantate si fanno – come si sa – crescenti ed insistenti; e si ha motivo di pensare che, anche per effetto del progresso scientifico e tecnologico e dell'incidenza da esso esercitata in ogni ambito di esperienza (giuridica e non), questa tendenza si porterà in modo sempre più vigoroso e risoluto in avanti. Ciò che poi naturalmente determina una sottolineatura delle responsabilità su tutti gravanti: sul legislatore, sollecitato ad interventi particolarmente estesi ma non ugualmente intensi, la duttilità delle discipline positive ponendosi quale uno dei tratti maggiormente espressivi della normazione del tempo presente ed una risorsa bisognosa di essere preservata e trasmessa anche per l'avvenire; sui giudici (comuni e non), chiamati a sensibili e raffinate operazioni di cesellatura dei dati normativi per le esigenze dell'applicazione: sempre e solo al servizio dell'uomo, dei suoi diritti, della sua dignità.